Prof. ARTURO ROCCO

TRATTATO DELLA COSA GIUDICATA

COME CAUSA DI ESTINZIONE DELL' AZIONE PENALE

VOLUME I

(Introduzione e Parte generale)

MODENA
COI TIPI DELLA SOCIETÀ TIPOGRAFICA
ANTICA TIPOGRAFIA SOLIANI

1904.

AVVERTENZA

Il presente volume, stampato fin dal 1900, esce ora soltanto alla luce per ragioni affatto indipendenti dalla volontà dell' Autore. Il quale, sciolto solo adesso dagli impegni che lo legavano a chi ne aveva assunta l'edizione, ritiene opportuno di non più indugiare nella pubblicazione della parte stampata dell' opera. Questa sarà condotta a fine al più presto, se ai lettori parrà che ne valga la pena. In una nuova edizione l' Autore si propone di mettere al corrente dei nuovi studi, suoi e di altri, la parte già pubblicata.

Prof. ARTURO ROCCO

TRATTATO DELLA COSA GIUDICATA

COME CAUSA DI ESTINZIONE DELL' AZIONE PENALE

VOLUME I

(Introduzione e Parte generale)

MODENA
COI TIPI DELLA SOCIETÀ TIPOGRAFICA
ANTICA TIPOGRAFIA SOLIANI

1900.

A

LUIGI LUCCHINI

INDICE SISTEMATICO

DELLA PARTE PRIMA (PARTE GENERALE)

Titolo Secondo.

L'autorità della cosa giudicata penale nella sua costruzione scientifica e nel sistema del diritto positivo italiano.

INTRODUZIONE

È questa, che ora presento, la prima parte di un *Trattato della cosa giudicata* considerata come causa di estinzione dell' azione penale. Essa traccia la storia scientifica e legislativa dell' istituto dell' autorità della cosa giudicata penale fin dai tempi più antichi, indugiandosi specialmente nel diritto romano, per poi passare a studiarlo nell'epoca dei barbari, nell'epoca neo latina, in quella del rinnovamento filosofico e infine nel diritto positivo comparato vigente delle moderne nazioni civili; indaga il concetto generale della cosa giudicata penale e della sua autorità nella scienza del diritto processuale penale; ne stabilisce l' intimo e l' armonico fondamento dal punto di vista giuridico e politico, l' uno e l' altro sperimentalmente inducendo dalle reali necessità della vita sociale, cui l' istituto risponde, e rigorosamente deducendo coi sussidi della logica giuridica. Di tal che questa parte, comprendendo e la storia e il diritto comparato e la teorica generale dell' istituto, viene ad essere come la *parte generale* del presente Trattato. Ad essa seguirà, se i lettori lo giudicheranno opportuno, la *parte speciale* che comprende lo studio dei *presupposti* o delle condizioni che debbono verificarsi perchè possa dirsi che esista l' autorità della cosa giudicata penale, e lo studio generico delle *eccezioni* che a questa autorità si apportano o dovrebbero apportarsi nel nostro diritto penale processuale. Lo studio dei *presupposti* nell' autorità della cosa

giudicata sarà diviso in due parti. Nella prima indagherò il *presupposto* che chiamo *formale* (perchè involge una pura ricerca di diritto processuale o formale), ricercando così la *teorica del giudicato* o dei *caratteri* che deve avere una *decisione* perchè *giudicato* possa dirsi (decisione *giudiziaria*, *penale*, *definitiva*, *inoppugnabile* o *irrevocabile*, *valida o legale*). Nella seconda indagherò il *presupposto* che chiamo *materiale* (perché involge una ricerca principalmente di diritto materiale o sostanziale), ricercando così da un lato la *teorica*, propriamente detta, della *cosa giudicata*, cioè dell' *obietto*, della materia del *giudicato*, e dall' altro la *teoria della identità fra la cosa giudicata*, cioè l' obietto del *giudicato*, e la *cosa giudicanda* cioè il tema dell' azione nuovamente esercitata; la quale identità, che deve assolutamente verificarsi perchè possa darsi *autorità* di cosa giudicata, è duplice: *obiettiva o di fatto*, e *subiettiva* o di *persona*. Ugualmente in due parti dividerò lo studio delle *eccezioni* alla autorità della cosa giudicata penale, trattando nella prima, dell' eccezione che vi si fa in omaggio all' *errore giudiziario o di fatto* (*via straordinaria della revisione*) e nella seconda, dell' eccezione che ad essa si apporta in omaggio all' *errore di diritto* sostanziale o formale (*via straordinaria della cassazione*): tutto ciò però entro i limiti dovuti e avuto riguardo esclusivamente e costantemente al tema che forma l' oggetto del nostro Trattato.

S' intende poi che i posteriori sviluppi, le applicazioni specifiche sono già implicitamente comprese nella parte generale, che ora presento, la quale comprende così, virtualmente, tutto il *Trattato*: ne è come la *sintesi* alla quale poi naturalmente terrà dietro l' *analisi*, perchè se bene nella mente dell' autore l' *analisi preceda* necessariamente la *sintesi*, l' induzione la deduzione, tuttavia alla mente del lettore, per facilità di studio e di giudizio, è

bene si presenti quella dopo di questa. Così, in questa parte, già trovano il loro posto le nozioni sintetiche di *giudicato*, di *cosa giudicata*, di *autorità della cosa giudicata*, di *exceptio rei judicatae*, di *actio judicati*, le quali sono fondamentali per la materia nostra. Così già vi si trovano esposti e criticamente vagliati i concetti di consumazione processuale, di presunzione di verità della cosa giudicata e di legalità del giudicato; e vi si trova esaminata, dal nostro punto di vista, la grave ed annosa questione dell'appello: il più grande attentato alla autorità della cosa giudicata penale.

E giacchè sono a questo punto giovi ancora spiegare il perchè del titolo dato a questo *Trattato*. Ho intitolato il mio lavoro della *cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale* per molte ragioni; anzitutto per fissar bene che obietto del mio studio era soltanto l'autorità della cosa giudicata nel diritto penale, e non già pure nel diritto privato e pubblico amministrativo; in secondo luogo per far intendere che, nella materia penale medesima, io voglio occuparmi soltanto dell'autorità della cosa giudicata *penale* e non già anche dell'influenza che sul *giudizio* penale esercita la cosa giudicata dai tribunali civili, amministrativi, disciplinari; in terzo luogo per mostrare che io lascio da parte, come estraneo al mio studio, il tema dell'autorità della cosa giudicata penale sull'azione e sul giudizio civile, disciplinare, amministrativo; infine per indicare che per me *autorità di cosa giudicata penale* e *forza estintiva dell'azione penale* per parte della *cosa giudicata*, sono espressioni sinonime, limitando io il concetto della *autorità della cosa giudicata* all'esaurimento o consumazione processuale operata dal *giudicato* cioè dalla decisione penale definitiva (condannatoria o assolutoria) ed inoppugnabile, e distinguendolo dal generale divieto del *bis in idem* comune a tutte le decisioni, anche non definitive,

a tutte le definitive, anche non inoppugnabili, e comune altresì ad altre materie che nulla han propriamente da fare con l'autorità della cosa giudicata, come ad es., per citare quella che più le si avvicina, la litispendenza, o *exceptio rei in judicium deductae*.

Sotto un altro aspetto si rivela poi l'importanza di questa parte generale: per quanto cioè riflette l'indagine storica. Se vi è infatti tema rispetto al quale la ricerca storica ha decisiva importanza, questo è indubbiamente l'autorità della cosa giudicata. Già l'indagine sulle primitive legislazioni dei popoli antichi, che per ogni altro istituto potrebbe ritenersi superflua, è, rispetto al nostro istituto, ferace di conseguenze feconde; essa c'insegna che l'istituto della cosa giudicata è coevo alla storia giuridica e giudiziaria dei popoli; che il principio non potersi rigiudicare una cosa già definitivamente giudicata sorge, almeno tacitamente, nella storia dei popoli stessi, non appena il diritto si distingue dalla morale e sorgono giudici chiamati a realizzarlo praticamente nei rapporti sociali. Importantissima sovra tutte pel nostro istituto è poi l'indagine del diritto romano, tanto più interessante per quanto non mai tentata da alcuno, e da altri esplicitamente dichiarata inutile, sopra la falsa affermazione della inesistenza, nel diritto criminale romano, di una autorità della cosa giudicata. Lo stesso Carrara che, come si sa, non faceva « riverenza al giure Romanò nelle materie penali in nessun punto della dottrina », rispetto al nostro istituto era costretto a riconoscere: « *Se qualche giovine studioso vorrà togliere ad argomento delle proprie esercitazioni siffatta ricerca storica ed esegetica troverà larga ed elegante messe di erudizione* » [1]). Se non che (e in ciò il sommo

[1]) Carrara, *Della rejudicata in criminale* nel *Giornale delle leggi*, 1878, anno IX, fasc. 8 e 9, col. 57

maestro sbagliava) l'indagine della genesi e dello sviluppo storico dell'autorità della cosa giudicata nel diritto criminale romano, non è soltanto una mera opera di erudizione: non ha soltanto una importanza storica e dottrinaria; ha invece una importanza pratica ed attuale grandissima. E invero in un tema, come questo, in cui la legge o tace o parla poco e incidentalmente; in un tema, come questo, in cui tutto è lasciato al ragionare della scienza, tutto affidato alla logica giuridica, alla deduzione razionale, le teoriche dei giureconsulti romani, che si intravveggono attraverso i frammenti della compilazione giustinanea, devono essere e sono un prezioso ausiliare nella ricerca delle verità scientifiche. E pure interessante si presenta la ricerca delle dottrine e delle leggi che, su base romana, si andarono formando nel diritto germanico e nel diritto comune nostro (ed è a questo proposito degno di menzione il concetto *quasi-contrattuale* che dell'autorità della cosa giudicata penale ebbe il diritto barbarico) fino a tanto che il soffio rinnovatore delle idee individualistiche sollevato dal Beccaria e la simpatia ed il credito ogni di crescente dal principio accusatorio, non vennero a scuotere radicalmente il concetto e il fondamento della autorità della cosa giudicata nella materia criminale. È infine superfluo accennare all'importanza che, e per la conoscenza scientifica del diritto nazionale, e per l'elaborazione delle riforme legislative, ha, pel nostro argomento, l'indagine legislativa comparata, che vi presenta, come in un quadro, le fasi *contemporanee* dell'istituto, allo stesso modo che la storia ve ne presenta le fasi *successive*.

Dire poi dell'interesse e delle difficoltà in genere del nostro argomento, mi sembra inutile. Già il principe dei processualisti francesi, l'Hélie, imprendendo a discorrere nel suo magistrale Trattato, della « eccezione di cosa giudicata » come « causa di estinzione dell'azione penale »,

non si peritava di confessare: *Cette matière...... soulève des graves difficultés* » [2]); e più esplicitamente un nostro chiaro scrittore, il Borsari, nel solito suo stile vivace e brillante, diceva: « *L'altro argomento, della cosa giudicata, ha un interesse incessante: continua ancora, dopo tanti secoli, ad essere un argomento vitale. Ha certamente, come ogni altro, le sue parti, a dir così, più frequentate e più note; ma ce ne sono delle altre, specialmente intrecciantisi cogli istituti moderni e non ancora plasmate dal tempo che domandano di essere rivedute con una certa cura amorosa ed insistente* » [3]).

Recentemente, anche il giudice Max Berner, la di cui non somma autorità può fino ad un certo punto esser supplita dallo studio speciale ed assiduo fatto dell'argomento, notava quali enormi difficoltà di applicazione si nascondessero sotto l'apparente semplicità di un principio: « *Zwar erscheint es auf den ersten Blick äusserst einfach dass über einen Gegenstand, der bereits entschieden ist, nicht noch einmal abgeurtheilt werden darf, weil der Grundsatz nur die eine Voraussetzung hat, dass der Gegenstand einmal entschieden ist, und nur die eine Wirkung, dass das zweite Verfahren gehindert wird. Aber in der Anwendung ergeben sich so erhebliche Schwierigkeiten, dass es geradezu als unmöglich bezeichnet worden ist, die zur Erörterung gelangenden Fälle anders als kasuell zu behandeln* » [4]).

Ed invero l'autorità della cosa giudicata è il momento supremo del procedimento penale, di cui quasi costituisce

[2]) Hélie F., *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelles, Bruylant Cristophe 1863, vol. I, n. 1253, p. 553.

[3]) Borsari, *Dell' azione penale*, Torino Un. Tip. Edit., 1866, n. 404, p. 504.

[4]) Berner Max, *Der Grundsatz des ne bis in idem im Trafprozess*, Leipzig, Tauchnitz. 1891, § 1, pag. I, Einleitung.

la pietra sepolcrale: ed è il momento appunto in cui sorge nella pratica e si dibatte tortuosamente nella scienza un gruppo di controversie vivaci, generanti teoriche complicatissime e diversissime.

Ricercare che cosa sia il *giudicato*, se sia soltanto un atto di giudice, o possa essere un atto di parte, cioè dell'accusatore; se sia l'atto stesso giudiziale, o la decisione in esso contenuta; se ogni decisione contenuta in ogni atto di giudice, ordinanza o sentenza, o solamente quella insita in una sentenza; se la decisione racchiusa in ogni sentenza di qualsiasi tribunale penale, civile, amministrativo, disciplinare, o soltanto quella contenuta in una sentenza di giudice penale, e *quid* se il tribunale è straniero; se soltanto la decisione contenuta nella sentenza *definitiva*, o anche quella contenuta in altre sentenze preparatorie (come quelle di rinvio a giudizio) o interlocutorie, cioè incidentali; se soltanto la decisione posta nella sentenza definitiva che condanna o proscioglie, o anche quella contenuta in sentenze aventi valore di definitive; se soltanto la decisione condannatoria, o anche l'assolutoria, o anche quella che proscioglie dal giudizio dichiarando non farsi luogo a procedere; e *quid* delle pronunzie istruttorie di non luogo con cui l'imputato viene ugualmente prosciolto dall'accusa; se soltanto la decisione divenuta inoppugnabile e irrevocabile o anche quella suscettibile di ricorso e *quid* delle decisioni rese in contumacia dell'imputato; se le decisioni vere e giuste e valide o anche quelle errate in fatto e in diritto sostanziale o formale; ecco un primo gruppo di controversie che si presentano insistenti e tormentose alla mente del giurista e del magistrato. Quando tutte queste controversie siansi risolte, non si è fissato che un primo punto, non si è esaurito che una prima ricerca, quella che concerne la nozione del *giudicato*. Viene poi la seconda ricerca, quella che concerne la

cosa giudicata; il vedere che cosa essa sia, se si identifichi con l' oggetto e il tema dell' azione penale, o se da esso diversifichi e come; quale influenza abbia il tema dell' azione sull' estensione della cosa giudicata e se ed in quali limiti subisca modificazioni da parte del giudice nel giudicato; quale parte infine della decisione sia cosa giudicata: se soltanto il dispositivo o anche i motivi: ricerche che sono un presupposto indispensabile di ogni altra posteriore, perchè solo *ciò che fu giudicato*, e nulla di più, è vietato di nuovamente sottoporre, con azione, a giudizio. Viene da ultimo la ricerca della *identità fra la cosa giudicata* e la *cosa giudicanda;* la quale ricerca si sdoppia in due: l' una che indaga l' identità *obiettiva*, per rispetto al fatto oggetto della antica decisione e della attuale imputazione, l' altra *subiettiva*, per rispetto alla persona prima condannata o prosciolta ed ora nuovamente imputata. E questa indagine, quanto più è utile, tanto più diventa difficile e complicata. Vedere quale influenza, al fine dell' identità fra il tema del giudicato e quello della azione, esercita il variare la qualifica giuridica e le modalità del fatto; quale effetto abbia, a tal fine, il nesso di concorrenza ideale o reale fra il fatto prima giudicato e quello oggi imputato; quale il mutarvi dell' elemento morale subiettivo, quale il produrre come reato autonomo il fatto imputato e giudicato come circostanza aggravante, o come elemento di reato complesso o continuato, quale la relazione di correità o di complicità fra il fatto e la persona giudicata e il fatto e la persona nuovamente imputata; ecco alcune, e non tutte le questioni, che si presentano in questa indagine che costituisce il *punctum saliens* del nostro istituto.

Ciò che abbiamo detto già basta a dare una idea della complessità e difficoltà del lavoro, non solo, ma anche della sua importanza e del suo interesse. Il quale interesse si accresce quando si abbia riguardo alle particolarità

proprie del nostro argomento che sono parecchie e notevoli. La prima è quella, già osservata, relativa alla indole delle ricerche sull' argomento. Nell' istituto della autorità della cosa giudicata poca parte è riserbata all' indagine *induttiva* o *sperimentale*, perchè unico e semplicissimo è il bisogno pratico cui l' istituto risponde: quello cioè di impedire due decisioni definitive sopra una stessa cosa. La maggior parte è riserbata invece alla indagine *logica* e *deduttiva* alla coordinazione e subordinazione dei principi in un ordine logico ed organico nel quale le parti rispondano armonicamente al tutto e siano l' una all' altra strettamente legate. Da ciò si vede come sia questo assai più un terreno della scienza che non della legge; trattandosi, non di porre norme, ma di ragionare, non di comandare, ma di discutere [5]). Ed è perciò che tutte le legislazioni hanno lasciato in questa materia libero il campo all' indagine dottrinale a cominciare dal diritto romano per venir su fino ai codici moderni, che, come il germanico e l' austriaco, non hanno sull' argomento nessuna esplicita disposizione. Naturalmente, così il principio dell' autorità della cosa giudicata come le sue applicazioni particolari, sono implicitamente riconosciute dalla legge, e si desumono da tutto il sistema legislativo vigente del diritto formale e materiale; ma tuttavia, anzi appunto per ciò, resta ugualmente vero che nel nostro argomento la scienza ha un compito tanto più importante, per quanto meno meccanica e più organica si fa l' interpretazione della legge, tanto da innalzarsi essa sola alla dignità di costruzione scientifica.

Un' altra particolarità del nostro argomento è quella di costituire come il punto o ponte di transizione fra il

[5]) Cfr. COGLIOLO, *Cosa giudicata* nell' *Enciclopedia giuridica*, vol. III, parte IV, pag. 2.

diritto penale materiale e il diritto penale formale: giacchè, in esso, le norme giuridiche penali non sono considerate solo in sè, staticamente, come norme sostanziali ed astratte, ma altresì in relazione agli istituti procedurali, dinamicamente, nel loro muoversi cioè attraverso alle forme processuali. — Infine vi è un' altra caratteristica propria del nostro istituto che le è insita pel fatto stesso che costituisce il momento ultimo e finale del procedimento, cioè quella di non rimanere estraneo ed indipendente da nessun istituto giuridico penale, ma di avere con tutti una intima parentela; perchè, trattandosi di respingere una nuova azione sopra una cosa già giudicata, e questa cosa potendo essere l' imputazione di un qualsiasi reato e dovendo passare attraverso tutto il procedimento per potersi dire consumata e non più riproponibile, è naturale che il principio della autorità della cosa giudicata penale debba coordinarsi con tutte le norme giuridiche materiali e formali che si contengono nei codici penale e processuale penale.

Resta che io dica poche parole sulla posizione di questo mio lavoro nella letteratura giuridica contemporanea, e sulla ragione che mi ha mosso a scriverlo. Esso avrebbe voluto essere il primo tentativo di uno studio monografico dell' argomento della cosa giudicata nel diritto penale italiano. La sopravvenuta pubblicazione nell' anno corrente di due monografie italiane sul medesimo tema, quella del professore Carfora e quella del professore Tuozzi [6]) gli hanno invece tolto la priorità dell' intento. Nè mi duole di ciò: chè anzi, appunto perchè questo anno 1900 è stato

[6]) V. più oltre n. 14 e 84 della letteratura. Del lavoro del Carfora datato dal Marzo e comparso nel Luglio 1900 ho potuto, fino ad un certo punto, valermi durante la correzione delle ultime bozze. Non così di quello del professore Tuozzi pubblicato solo nel Settembre del 1900.

così fecondo di lavori sul nostro argomento sono lieto di dover modificare l' affermazione altrove e in precedenza fatta [7]); non esservi cioè fino ad oggi nessuna completa monografia italiana sul tema da me preso a trattare. Ciò non ostante, ed anche se non vale più a colmare una assoluta lacuna nella nostra letteratura, io spero che il mio lavoro non vorrà essere riputato superfluo. Il tema dell' autorità della cosa giudicata è, lo dicemmo, così grave e spinoso; ed all' estero, specie in Francia e in Germania, esso ha formato oggetto di così numerose monografie, che un nuovo lavoro, aggiunto ai due attualmente esistenti in Italia, quando pure non fosse mosso da speciali intendimenti e criteri, conserverebbe tuttavia la sua ragione di essere. Quali e di qual valore siano questi intendimenti e criteri giudicherà il lettore da sè. Basti qui solo il dire che, anche dopo le ultime pubblicazioni, noi non possiamo affermare di possedere un trattato inteso a trarre dall' intima natura particolare del diritto e del processo criminale, una autonoma costruzione scientifica dell' autorità della cosa giudicata penale; la cui teorica, dalla generalità degli autori, si volle invece costretta a chiedere poveramente in prestito alla teoria della cosa giudicata civile tutto il bagaglio formale del tecnicismo giuridico. Così fu (m' e parso) che nella fretta di adattare forme uniche a sostanze diverse si sbagliò non pure nella forma, ma si confuse nella sostanza, facendo di nomi, cose e di cose, nomi.

Ed ora dell' origine di questo lavoro. Per quanto io andassi vagheggiando da un pezzo un trattato sul tema dell' autorità della cosa giudicata penale studiato sempre incidentalmente, nei trattati generali dell' azione e del processo

---

[7]) Vedi pag. 153 del presente volume dove si trova fatta la storia della letteratura scientifica contemporanea del nostro tema.

o, frammentariamente e senza indipendenza dai principi del diritto civile, nelle monografie; per quanto io mi sentissi ad esso irresistibilmente attratto (forse come il viandante sull' orlo del precipizio sente tutta l' orrida attrazione del vuoto), pure non avrei avuto certamente il coraggio di affrontare a mio primo lavoro un tema così vasto e difficile; reso ancor più vasto dal modo con cui fu da me concepito (unico però con cui possa completamente e fecondamente concepirsi) e più difficile dalla povertà di buona produzione scientifica e dalla decrepitezza infeconda della nostra legge di procedura. Ad animarvimi giunse in buon punto l' incoraggiamento del nostro illustre Lucchini, che volle inoltre mettere a mia disposizione tutta la sua ricca biblioteca ed in ispecie i codici e le leggi straniere così difficilmente reperibili nelle biblioteche pubbliche. Di questa cortese bontà debbo vive grazie all' insigne professore, al quale mi sono pertanto creduto in dovere di dedicare il presente lavoro, per quanto umile e modesto esso sia.

ARTURO ROCCO.

Roma, Ottobre del 1900.

LETTERATURA SCIENTIFICA

Monografie speciali sull' autorità della cosa giudicata penale.

1. ARNOLD, *Ne bis in idem*, nel *Gerichtssal*, vol. III (1851), pag. 46 e s. (breve trattazione di importanza principalmente storica).

2. ABEGG, *Non bis in idem*, nel *Gerichtssaal*, vol. IX (1857) pag. 241 e s. parte I; e cfr. nella parte seconda l' articolo in relazione alla materia stessa).

3. BALLOT Ch., *D' une application de la maxime « non bis in idem »* nel Journal « Le Droit », anno 1873, numero del 1.° febbraio (risolve un caso pratico di giurisprudenza).

4. BAUER A., *Ueber die Unanwendbarkeit des Begriffs des Rechtskraft auf strafgerichtliche Erkenntnisse* nelle *Abhandlungen aus dem Strafrechte* dell' autore, Göttingen, 1840-1843, 3 volumi in-8°, vol. II, pag. 353 e s. (Su di esso vedi più oltre, in questo *Trattato*, n. 75, pag. 149).

5. BAR (von) nella *Zeitschrift für Bayern*, II, 101; IX, 181 e nell' *Hannoverische Magazin*, 1862, pag. 326-344.

6. BERNER (Albert Friedreich), *Non bis in idem* nel GOLTDAMMER'S *Archiv für Preussichen Strafrecht*. vol. III (1855), da pag. 472 a pag. 496. (Si intrattiene a lungo sullo svolgimento storico del principio « *non bis in idem*).

7. BERNER A. F., *Das non bis in idem gegen auswärtige Strafurtheile* nel *Gerichtssaal*, vol. XVIII (1866), pag. 31-34 (tratta esclusivamente, come risulta anche dal titolo, dell' autorità dei giudicati stranieri).

8. BERNER (Max), *Der Grundsatz des « ne bis in idem » im Strafprozess*, Leipzig, Tauchnitz, 1891, di pag. 132. (Su di esso vedi più oltre n. 75, pag. 152).

9. BETTONI, *Il fatto delittuoso nei riguardi della regiudicata e della competenza nei procedimenti penali* nella *Rivista Penale* del LUCCHINI, vol. XL, pag. 339. (Contributo di scarso valore alla teoria della identità).

10. BOCKSHAMMER (R.), *Ueber die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem auf dem Gebiete des fortgesetzen und Kollektivdelikts*, Stuttgart 1896.

11. BOEHMER I. H., *Dissertatio de sententiis in rem judicatam non transeuntibus* nelle *Exercitationes ad Pandectas*, V. 87, ad lib. XLII, *Pand.*, tit. I, § XL, (brevissima monografia, prima, in ordine di tempo, sull' argomento: vedi, più oltre n. 64, pag. 131 e n. 65, pag. 148 dove è integralmente riportata).

12. BORGMANN I., *Die Identität der That-Beitrag zur Lehre von der Rechtskraft des Strafurtheils*, Göttingen 1891. (Tratta la materia del-

l'identità fra il tema del giudicato e quello dell'azione: e non è, come dice il titolo, che un contributo, storico (p. 1-39) e dommatico (p. 40-65) alla teorica generale della forza obbligatoria della *res judicata*).

13. Cappa, *L'ordinanza emessa dal pretore di non luogo nei sensi di cui all'ultimo alinea dell'art. 327 p. p. è di ostacolo all'esercizio dell'azione pubblica e può formare cosa giudicata?* nel *Monitore dei Pretori*, vol. XII (1886), n. 16. (di poco valore e scarsa importanza).

14. Carrara Fr., *Della rejudicata in criminale*, *Giornale delle leggi*, 1878, fasc. 8 e 9, pag. 57 e s.; inserito anche negli *Opuscoli*, VII. (Tratta, specialmente, della revisione dei giudicati, combattendo vivamente la tesi della revidibilità delle sentenze assolutorie. V. pure *Rivista penale*, XV, 239).

15. Cardot, *Raison d'être, sens et portée d'application du principe que l'autorité de la chose jugée ne resulte pas des motifs, mais seulement du dispositif des jugements et arrêts* nella *Révue Critique de legislation et de jurisprudence*, vol. XXII (1863), pag. 452 e s. (Tratta la questione con speciale riguardo alla materia civile).

16. Carfora Fr., *Cosa giudicata* (*Materia penale*) nel *Digesto italiano*, vol. VIII, parte 4.ª, fasc. 5.°, disp. 423, pag. 279-316. Torino, Un. Tipografico Editrice, 1900 (I. Nozioni generali — II. Appunti storici e di legislazione — III. Periodo istruttorio, § 1 - Ordinanza della Camera di Consiglio o del giudice istruttore, § 2 - Sentenza della sezione d'Accusa — IV. Giudicato di merito).

17. Casorati C., *Condanna per ferimento semplice — posteriore morte del ferito — Cosa giudicata* nel *Foro Italiano*, anno 1884, parte II, pag. 138. (Ottima nota di giurisprudenza).

18. Castori C., *Le disposizioni del Codice penale sulla concorrenza dei reati e l'autorità della cosa giudicata* nell'*Archivio Giuridico*, vol. XLVII, pag. 503-506 (fa parte di una rassegna critica di giurisprudenza controversa).

19. Castori C., *La retroattività della legge di procedura penale e la cosa giudicata* nella *Cassazione Unica*, anno VII, vol. VI, pag. 449, (a proposito della sentenza della Cassazione 28 gennaio 1895 in causa *Beda*, *Cassazione Unica*, VI, 451).

20. Cavagnari, *Passaggio in giudicato delle sentenze penali contumaciali* nella *Scuola positiva*, VI (1896), pag. 493. (Critica, non sempre ponderata, delle disposizioni del Codice sull'argomento, in seguito allo scritto del Maroni, più oltre citato, sulla materia).

21. Clément, *De l'autorité de la chose jugée en matiére criminelle*, Paris, 1868. (Su di esso vedi più oltre, in questo *Trattato* n. 75, pag. 150).

22. Condorelli, *Sopra una domanda di nullità proposta alla Sezione d'Accusa di Catania dall'imputato Vincenzo di Grazia* — Catania, Rizzo, 1879, pag. 31. (Memoria forense, di poca importanza: su di essa, vedi *Bollettino Bibliografico* della *Rivista Penale*, 1.ª serie, n. 19).

23. Dalloz, voce *Chose jugée en matiere criminelle* nel *Répertoire de Jurisprudence* (cfr. *infra*, n. 75, pag. 150).

24. D'Avossa G., *La formazione della cosa giudicata nella Sicilia continentale*, Napoli, 1884. (Lavoro di carattere storico che tratta dei mezzi di ricorso organizzati dalle leggi Siciliane, con speciale riguardo alla materia civile).

25. Eeghen, *Specimen juridicum inaugurale de regula iuris « non bis in idem »* [1]).

26. Esmein, *La chose jugée dans le droit de la monarchie franque* nella *Nouvelle Révue Historique*, Anno XI (1887), n. 5, pag. 545-556. (Tratta dell'autorità della cosa giudicata civile e penale nell'antico diritto dei Franchi, cioè nelle leggi barbariche del gruppo franco e nei Capitolari).

27. Eichorn G., *Non bis in idem und das Reichsgericht* nel *Gerichtssaal*, vol. XXXVIII (1886). pag. 401-460. (È una rassegna critica della giurisprudenza del Tribunale dell'Impero tedesco relativa al principio in parola).

28. Fabricius A., *De re criminali judicata*, Jenae, 1835. (Su di esso, vedi più oltre n. 75, pag. 149).

29. Facchinetti G., *I reati continuati e la cosa giudicata* nella *Giustizia penale*, anno VI (1900), fasc. 19, pag. 577 e s. (Contributo alla teoria della identità).

30. Faranda Fr., *Il giudicato nelle materie penali* nel *Foro Messinese*, IV, 113 [2]).

31. Fiocca, *Il fatto delittuoso nei riguardi della regiudicata e della competenza nei procedimenti penali* nella *Rivista Penale*, XL, pag. 5. (Contributo alla teoria della identità, in contradizione allo scritto del Bettoni, più innanzi citato).

32. Gericke I. B., *Commentatio de re judicata sententiarum criminalium et de renediis quae contra eas afferre licet*, Göttingen, 1803, (vedine il resoconto a n. 75, pag. 149).

33. Glaser I., *Der Verbrauch der Straufklage nach deutschen Strafprozessrecht* nella *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenvart*, (del Dr. C. S. Grünhut in Vienna), vol. XII (1885), pag. 303-344. (Vedine un resoconto più oltre a n. 75 di questo *Trattato*; e vedi pure di essa un largo riassunto nel *Bollettino Bibliografico* della *Rivista Penale*, II serie, n. 202).

34. Glaser I., *Rechtskraft im Strafprozess* nel *Rechtslexicon* di *Holtzendorff*, vol. III, 3.ª edizione, 1880-81, pag. 284 e s. (Su di esso, v. più oltre, n. 75, pag. 150).

---

[1]) Questa monografia fu cercata, ma non potuta trovare da chi scrive.

[2]) La monografia su citata, anche per la cessata pubblicazione del *Foro Messinese*, non si potette da me ritrovare e consultare. Lo stesso illustre autore della monografia, a cui mi rivolsi con preghiera di favorirmela, non fu in grado di soddisfare il mio desiderio.

35. GLASER I., *Das Verhältniss des Urtheils zur Strafklage.* Estratto dal *Gerichtssaal*, vol. XXXVI (1884), Stuttgart, 1884. (Tratta dell' influenza che esercita il tema dell' azione penale su quello della sentenza e sulla estensione della cosa giudicata. — Vedine una recensione nel *Bollettino Bibliografico* della *Rivista penale*, II Serie, n. 201).

36. GLASER I., *Die Durchführung der Regel « Non bis in idem » im englischen und französischen Strafprozess* nel *Gerichtssaal*, vol. XXIII (1871), pag. 1-72, inserita anche nei *Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozess*, 2.ª edizione, Vienna, 1883, pag. 890 e s. (nella precedente edizione, pag. 603-615). (Su di essa v. al n. 75, pag. 151 del presente *Trattato;* vedi pure: *Bollettino Bibliografico* della *Rivista Penale*, II Serie, n. 73).

37. GOLTDAMMER, *Non bis in idem* nell' *Archiv für Preussichen Strafrecht* dello stesso autore, vol. III (1855), pag. 385 e s. e vol. V (1857), pag. 515 e s., 643 e s. (Breve trattazione, più che altro, di importanza storica).

38. GRIOLET, *De l' autorité de la chose jugée au civil et au criminel.* Extrait de la *Revue pratique de droit français*, vol. XXIII (1868), (su di essa v. più innanzi in questo *Trattato* al n. 75, pag. 150).

39. GLÜCKSMANN A., *Die Rechtskraft der Strafprozessualen Entscheidung über Einziehung und Unbrauchbarmakung*, Breslau, Schletter, 1898, pag. 57. (Breve opuscolo sopra un punto speciale cioè il carattere e il valore delle decisioni del giudice penale in materia di confisca).

40. HASENBALG H. Z., *Zur Strafprozessordnung. V. d. Erhebg. d. öffentl. Klage und ihre Consumtion durch. richterl. Urtheil*, Hannover 1854.

41. HERSCHEL (I.), *Die Rechtskraft der Strafprozessualen Entscheidungen über Einziehung und Unbrauchbarmakung*, Breslau 1899 (studia il tema medesimo esaminato dal GLÜCKSMANN).

42. HEFFTER A. W., *Non bis in idem im Hinblick auf d. gedr. Entwurf einer deutschen Strafprozessordnung*, Berlin, 1873. (V. più oltre n. 75, pag. 150).

43. HOMMEY, *De l' autorité de la chose jugée en matière criminelle*, 1869. (V. più oltre n. 75).

44. KLEINSCHROD G. A., *Ueber die Rechtskraft peinlicher Urtheile* nell' *Archiv* (*altes*) *des Criminalrechts* herausgegeben *von* E. F. KLEIN und G. A. KLEINSCHROD, Halle, 1799-1807, tomo II, libro III, pag. 20 e s. (V. più oltre n. 75).

45. KLIEN, *De auctoritate sententiae criminalis absolutoriae*, Lips., 1827-1831, (spec. I-IV).

46. KROSCHEL, *Die Rechtskraft der Urteilsgründe* in *Gerichtssaal* Bd. LII (1897) p. 408 (si domanda se l' autorità della cosa giudicata si estenda solo al dispositivo o anche ai motivi della sentenza).

47. KÜSSNER, *Non bis in idem*, nel GOLTDAMMER'S *Archiv für*

preussichen Strafrecht, vol. II (1854), pag. 785 e s.; vol. III (1855), pag. 193 e s.

48. INNAMORATI, *Regiudicata e retroattività* nella *Rivista Penale*, vol. XXXI, pag. 330 e s.

49. LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, Paris, L. Larose, 1894, pag. 506. Extrait du *Répertoire général alphabetique de droit français* (v. più oltre n. 75).

50. LAURENS H., *De l' autorité de la chose jugée considerée comme mode d' extinction de l' action publique*, Paris, Rousseau, 1885, pag. 212, (v. più oltre n. 75).

51. LAMMASCH, *Ueber die Wirksamkeit Strafgerichlicher Urtheile des Auslandes* nel *Gerichtssaal*, vol. XLI (1889), pag. 1 e s. (Tratta dell' autorità dei giudicati stranieri).

52. LONGHI, *Cosa giudicata, Nota di giurisprudenza* nella *Temi Veneta*, vol. XXI, pag. 623-624. (Brevissima nota di giurisprudenza).

53. LUCCHINI, *Regiudicata e retroattività, Nota di giurisprudenza* nella *Rivista Penale*, vol. XXXI, pag. 340.

54. MARONI, *Del passaggio in giudicato delle sentenze penali contumaciali* nel *Monitore dei Tribunali di Milano*, vol. XXXVI (1895), pag. 937.

55. MERLIN, *Répertoire de jurisprudence* voce « *Non bis in idem* », (v. più oltre n. 75).

56. MERLIN, *Question de droit*, voce *Chose jugée*, (cfr. n. 75).

57. MITTERMAYER, nell' *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1850, pag. 447 e s.

58. MONTÉAGE, *De l' autorité de la chose jugée qui s' attache aux jugements étrangers rendus en matière criminelle* nel *Journal de droit international privée*, dicembre 1885-gennaio 1886, n. 7 e 8.

59. MORIN A., *Répertoire general et raisonné du Droit criminel* voce *Chose jugée*, Paris, 1850-51.

60. MORIN A., *De la chose jugée en matière criminelle* nel *Journal du droit criminel*, 1841, pag. 129 e s. e nella *Révue des Révues de droit*, 1841, pag. 281 e s.

61. MORISANI A., *Intelligenza degli articoli 266 e 445 del codice di procedura penale* nella *Rivista penale*, vol. XVII, pag. 186. (Fa parte di una rassegna critica di giurisprudenza; ma ha importanza di vera monografia sulla questione trattata).

62. MORISANI A., *Ancora una parola sulla intelligenza degli articoli 266 e 445 proc. penale*, nella *Rivista Penale*, vol. XXI, pag. 182. (Breve replica ad uno scritto del Vacca).

63. MORTARA Aristo, *Diritto dell' imputato assoluto per insufficienza di indizi di ottenere una dichiarazione di non luogo per inesistenza di reato* nella *Giurisprudenza Italiana*, vol. XLVIII (1896), 10 e s. (Ottima Nota di giurisprudenza sulla questione medesima trattata dal Morisani ne' due precitati opuscoli).

64. Moschini A., *La cosa giudicata e l' art. 518 c. p. p.* nella *Scuola Positiva*, 1894, pag. 531 e s. (Breve articolo di scarso valore: tratta principalmente della materia della identità).

65. Nasi, *Memoria in nota alla sentenza 18 marzo 1886* nella *Rivista Penale*, vol. XXIII, pag. 442.

66. Negri, *Influsso della cosa giudicata nell' orbita delle decisioni dell' autorità giudiziaria* nella *Temi Veneta*, vol. XXI, pag. 94-96. (Nota di giurisprudenza, di mediocre importanza: tratta specialmente dell' argomento dell' identità).

67. Ortloff H., *Non bis in idem*, nel Goltdammer 's *Archiv für Preussichen Strafrecht*, vol. VI (1858), pag. 515 e s.; vol. XXVI, (1878), pag. 186 e s.

68. Ortloff, sullo stesso argomento nel Goltdammer 's *Archiv für Preussichen Strafrecht*, vol. XXVI (1878), pag. 186-194.

69. Paradan M., *Le pardon accordé par le mari à sa femme après qu' elle à été condamnée pour adultère par un jugement qui à acquis vis-à-vis d' elle l' autorité de la chose jugée profite-t-il à son complice de telle sorte qu' il puisse en revendiquer l' immunité sur l' appel rélevé par lui de la decision qui l' à egalement frappé?* nella *Révue Critique de legislation et de jurisprudence*, 1880, n. 6, pag. 337 e s., (e su di essa, brevemente, *Bollettino Bibliografico* della *Rivista Penale*, n. 313).

70. Pellefigue, *De l' autorité de la chose jugée au criminel*, Toulouse, 1873 (v. più oltre in questo *Trattato* n. 175, pag. 150).

71. Pfizer G., *Ne bis in idem*. Ein Rechtsfall nel *Gerichtssaal*, vol. XL (1888), pag. 335-352. (Esamina una fattispecie giurisprudenziale).

72. Picard et d' Offschmidt, voce *Chose jugée* nelle *Pandectes Belges*, (v. più oltre, n. 75, pag. 150).

73. Pierantoni, *Il giudizio contumaciale nella Corte d' Assise e l' autorità della cosa giudicata* nella *Giurisprudenza Italiana*, XXVI (1874), parte I, pag. 133 e s.

74. Pugliese, *L' art. 518 del Codice di procedura penale* nella *Rivista di Giurisprudenza di Trani*, 1885, fasc. IX e X. (Breve nota di poca importanza).

75. Rebaudi, *I procedimenti istruttorî e la cosa giudicata* nella *Giustizia Penale*, vol. II, col. 1161-1169 e 1185-1201. (Tratta della autorità di cosa giudicata derivante dalle pronunzie istruttorie di non luogo).

76. Rejffel, *Ne bis in idem* nel Goltdammer' s *Archiv für Preussichen Strafrechts*, vol. XLII (1894), pag. 89-93.

77. Reimbert P. C. M., *Chose jugée*, Thése, Droit français et droit Romain, (fino a pag. 157 si tratta della materia civile; della penale, da pag. 157 in poi; su di essa v., più oltre, n. 75).

78. Roberti G. M., *Se si fosse portato giudizio irrevocabile su ferite lievi o letali, malgrado che in seguito da queste fosse derivata morte, quale modalità aggravatrice del reato, può l' imputato opporre l' eccezione della cosa giudicata contro l' esercizio ulteriore della azione penale?* nel *Diritto e Giurisprudenza*, vol. VI, pag. 100. (Breve e poco importante risoluzione di un quesito pratico).

79. Romano V., *Della riapertura del processo penale dopo le ordinanze istruttorie di non luogo a procedere per inesistenza di reato* nel *Foro Italiano*, 1879, parte II, col. 162 e s. (Studio sull' autorità della cosa giudicata nel periodo istruttorio e buon commento degli art. 266 e 445 c. p. p. sotto forma di nota giurisprudenziale).

80. Rossen H., *De l' autorité de la chose jugée au civil et au criminel en droit romain et en droit français*, Rennes, Oberthür, 1886, pag. 314. (V. più oltre n. 75 del presente *Trattato*).

81. Sarocchi, *La cosa giudicata nei reati continuati* negli *Studi Senesi*, 1895, pag. 27. (È un buon contributo alla teoria dell' identità).

82. Schanze, *Die Rechtskraft d. Strafurtheils* nella *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, herausgegeben von V. Lizst, und v. Lilienthal, vol. IV, pag. 452 e s. (Ottima rassegna dei principali problemi sull' argomento).

83. Schrader E., *Commentatio de remediis contra sententias et de re judicata in causis criminalibus*, Göttingen, 1803, (cfr., infra n. 75).

84. Schwarze, *Rechtskraft* nell' *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts*, 1877, vol. II, pag. 325 e s.

85. Schwarze, nel *Gerichtssaal*, vol. XXV (1873), pag. 395 e s.

86. Seeger nel Goltdammer 's *Archiv*, vol. III (1855), pag. 822 e s.; vol. VI (1858), pag. 114, 516; vol. VII (1859) pag. 546: vol. VIII (1860), pag. 194 s., 771 s.; vol. X (1862), pag. 457, 568; vol. XIV (1866), pag. 120, 475; vol. XVIII (1870), pag. 153 e s.; vol. XX (1872), pag. 137, 160.

87. Specht, nel Goltdammer 's *Archiv für Preussichen Strafrechts*, vol. XVII (1869), pag. 482 e s.

88. Stoppato A., *La cosa giudicata e le pronunzie istruttorie di non luogo* nella *Temi Veneta*, vol. XX, pag. 48. (Figura come nota alla sentenza 10 agosto 1894 della Cassazione di Roma, ma ha l' importanza di una vera monografia sopra l' autorità della cosa giudicata nel periodo istruttorio).

89. Stoppato A., *Studi critici di diritto e procedura penale*, Padova, Drucker, 1895, pag. 118-130. — Cosa giudicata — sentenza — dichiarazione di non luogo a procedere per inesistenza di reato — riapertura dell' istruttoria. (È la riproduzione dell' articolo precedentemente citato).

90. Tuozzi P., *Il giudicato penale e l'art. 1325 del Codice Civile* nell'*Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*, vol. IV (1899), fasc. III, Nuova Serie, pag. 526-543. (È una parte staccata e pubblicata a sè dell'opera più sotto indicata).

91. Tuozzi P., *L'autorità della cosa giudicata in civile e in penale*, Torino, Unione Tipogr. Editrice, 1900, di pagine 587. (È, dopo quella di Carfora, l'unica monografia italiana sull'argomento, benchè vi si tratti anche della autorità della cosa giudicata nel diritto civile e dell'influenza reciproca dei giudicati penali in sede civile e dei giudicati civili in sede penale).

92. Vacca G., *Se l'imputato contro cui nel periodo istruttorio fu dichiarato non farsi luogo a procedimento penale per mancanza di sufficienti indizi di reità, abbia il diritto di presentare novelle prove dirette a far riaprire l'istruttoria e ad ottenere una ordinanza o sentenza che dichiari non esser luogo a procedimento per inesistenza di reato* nella *Rivista Penale*, vol. XIII, pag. 158 e s. (Rassegna critica di giurisprudenza e commento agli articoli 266 e 445 del codice di procedura penale).

93. Varcasia F., *Di taluni effetti della cosa giudicata in rapporto agli atti diversi di un medesimo e di un posteriore dibattimento* nella *Gazzetta dei Tribunali di Milano*, 1877, col. 437 e s. (Si occupa dell'efficacia impeditiva della continuazione del procedimento prodotta dalle decisioni interlocutorie aventi valore di definitive).

94. Vico P., *La cosa giudicata e il progetto del nuovo Codice penale Italiano* nella *Rivista Penale*, vol. XXIX, pag. 343.

95. Waser, nel *Gerichtssaal*, vol. III (1851), parte II, pag. 373 e s.

96. Wendler A. C., *De rejudicata imprimis in causis criminalibus*. Lipsia, 1833. Dissertatio, pag. 29, (v. più oltre n. 75).

97. X., *Lorsque il y a eu prévention d'un delit dont l'existence dépend d'une condition primitive, relaxe par un arrêt fondé sur l'absence de cette condition essentielle et ensuite cassation dans l'interêt de la loi seulement, l'arrêt de relaxe s'oppose — t — il à une poursuite nouvelle pour fait ultérieur pris comme constitutif du même délit?* nel *Journal du droit Criminel*, anno 1863, pag. 33 e s.

98. X. e Y., *Retroattività della nuova legge alle sentenze passate in giudicato* in *Appunti al nuovo Codice penale*, 2.ª edizione. Torino, Bocca, 1888.

99. Zitzlaff, *Die Strafprozessualische Rechts-regel ne bis in idem im Lichte der Judikatur des Reichsgerichts* nel Goltdammer's *Archiv*, vol. XLII (1894), pag. 208-218.

TITOLO I.

Svolgimento storico e comparativo dell'autorità della cosa giudicata penale nelle leggi e nella scienza

SEZIONE PRIMA. — Il diritto antico

CAPITOLO I. — L'Epoca preromana.

1. Assiria e Babilonia. — 2. Siria e Fenicia. — 3. India Bramanica. — 4. Egitto. — 5. Giudea. — 6. Grecia (Atene e Sparta).

1. — Assiria e Babilonia. — Non possiamo dire, neppure con una sicurezza approssimativa se, presso gli Assiri e Babilonesi, esistesse, anche nel suo più semplice concetto, un istituto della cosa giudicata penale. Certo vi era un ordinamento giudiziario assai progredito: tribunali speciali militari e tribunali ordinari in numero di tre e con giurisdizione prevalentemente criminale: al sommo della giurisdizione il principe circondato da un consiglio privato o consiglio reale [1]). Dato il rispetto e l'autorità di cui erano circondati i magistrati, sempre assiri ragguardevoli

[1]) Questo ci attestano DIODORO e STRABONE che sono gli storici della materia. Pei tribunali militari, vedi DIODORO, II, 24. Quanto agli ordinari, cfr. STRABONE, lib. XVI, pag. 745 e 746. In genere vedi PASTORET, *Histoire de la législation*, trad. FORAMITI, Venezia 1830, I, 53, 57.

per natali, per età e servigi resi e talvolta gli stessi re, non è azzardato il supporre che le loro decisioni partecipassero appunto di questa autorità e fossero obbedite ed eseguite senza discussione sul loro valore.

2. — Siria e Fenicia. — Presso i Sirii e i Fenicii troviamo una giurisdizione *domestica* e accanto ad essa dei veri e propri *ordini di magistrati* [2]). Non si sa di preciso che autorità avessero i loro giudicati. Ma dal fatto che presso i tribunali vi erano appositi ufficiali detti *Soterim* addetti a far eseguire o eseguire essi stessi le decisioni non appena emanate [3]), si può verosimilmente arguire che una autorità dovessero avere.

3. — India Bramanica. — Più esatte e particolari notizie si possono dare dell'esistenza del nostro istituto nella legislazione dell'India Bramanica quale risulta dalle leggi di Manou e di Yâjnavalkya. In quella organizzazione giudiziaria la giurisdizione criminale aveva prevalente importanza: a capo di essa stava il re circondato dai bramini e da esperti consiglieri: vi erano poi in ogni città o campagna dove ve ne fosse bisogno tribunali composti di giudici delegati dal sovrano [4]). Quando la prova del fatto criminoso non poteva farsi per testimoni [5]), perchè non

---

[2]) Sulla giurisdizione domestica esercitata dal padre di famiglia e sui tre ordini di magistrati esistenti *(Zakenim, Sofetim, Sarenim)* cfr. Pastoret, *Histoire*, I, 255.

[3]) Pastoret, *op. cit.*, l. c. Dalla *Genesi*, XXXVIII, verso 24 e seg., si desume che anche i giudizi dei tribunali domestici erano immediatamente eseguiti e godevano quindi una certa forza ed autorità.

[4]) Circa la composizione di questi tribunali come pure circa l'esercizio della giurisdizione reale, vedi Thonissen, *Études sur l'histoire du droit criminel des péuples anciens*, I, 19-20, Bruxelles-Paris, 1869. Vedi pure *Leggi di Manou*, VIII, 1, 9, 20.

[5]) La prova per testimoni era minuziosamente regolata. I giudizi erano poi pubblici ed aperti in contraddittorio con l'accusato. Vedi su ciò Thonissen, *Études*, I, 21-30.

ve n'erano, il giudice, per conoscere la verità, poteva ricorrere al giuramento o alle prove giudiziarie dette anche *ordalie o giudizi di Dio* (prova del fuoco (*agni*) e dell'acqua (*udaka*)[6]). Le ordalie erano necessariamente seguite da un giudicato di condanna[7]), *definitivo ed irrevocabile,* e sul fatto pel quale si condannava non era più possibile ritornare. Ugualmente erano *irrevocabili* le decisioni pronunziate dal capo dello Stato, mentre invece se il giudicato emanava da altri magistrati (fuori il caso delle condanne in base ad ordalie) il condannato poteva ricorrere alla giustizia del principe e i giudici che per passione, per paura o per cupidigia avessero agito contrariamente alle leggi erano puniti con pena pecuniaria. « Ogni questione — dice Manou — che ad una epoca qualunque sia stata condotta a termine e *giudicata* deve, se la legge è stata equamente applicata, essere considerata come terminata.... Ma il re deve riesaminare egli stesso qualunque questione che sia stata ingiustamente decisa dai giudici e condannarli ad una ammenda di mille *panas* »[8]). Risulta

---

[6]) *Leggi di Manou,* VIII, 109 e seg. e Thonissen, *Histoire du droit criminel,* I, 30-33.

[7]) Ho detto di *condanna* perchè secondo le concezioni giuridiche dell'India bramanica all'ordalia doveva tener dietro immediatamente e indeclinabilmente la applicazione di una pena. Yajnavalkya che è il legislatore indiano immediatamente susseguente a Manou dice: « L'uno dei due subirà la prova e l'altro si dichiarerà pronto a subir la pena a meno che non si tratti di un gran delitto e di un attentato contro il re » (II, 91). Se colui che era sottoposto alla prova perdeva era egli quello che subiva la pena: se vinceva, questa toccava all'avversario. Vedi Thonissen, *Histoire du dr. crim.*, I, 38 e nota 34.

[8]) *Leggi di Manou,* IX, 233-231. Yajnavalkya, II, 31. Secondo quest'ultimo la pena pei giudici era quella di pagare il doppio del valore della lite (II, 4, 305). Cfr. Thonissen, *Histoire du droit crim.*, pag. 34 e 35, nota 1, Laurens, *De l'autorité de la chose jugée considerée comme mode d'extinction de l'action publique*, Paris 1885, pag. 14.

adunque che nella legislazione Indiana vi era un vero e proprio istituto della cosa giudicata concepito con una chiarezza veramente sorprendente. Costituivano cosa giudicata le decisioni dei giudici emanate in base alle prove giudiziarie e le decisioni del Re: non la costituivano quelle pronunzie dei magistrati inferiori che in base a quelle prove non erano emanate, giacchè queste potevano sempre discutersi e revocarsi e contro di esse si aveva *senza limiti di tempo* il diritto di appellare al Re [9]). E dico senza limiti di tempo perchè il Re quale ministro della giustizia divina era tenuto ad esaminare nuovamente tutte le questioni a lui denunciate e a porre riparo a tutte le iniquità giudiziarie che pervenissero a sua conoscenza, qualunque poi fosse l'epoca in cui i giudici le avessero commesse [10]). La decisione riformatrice del Re era naturalmente anch'essa, come ogni altra, immutabile così che dopo di essa non era più possibile l'accusa pel fatto medesimo.

4. — Egitto. — Nonostante i meravigliosi progressi fatti dalla Egittologia negli ultimi trenta anni e le recentis-

---

[9]) Cfr. THONISSEN, *Histoire*, I, 35. A me pare che, dato questo illimitato diritto di appello al re, non si possa dare come regola, secondo fa il LAURENS, *De l'aut. de la chose jugée*, pag. 14 che « *toute décision produit les effets de la chose jugée* ». Al contrario poichè era sempre lecito denunciare al re come ingiuste le decisioni di magistrati inferiori queste non potevano costituire cosa giudicata fino a tanto che non fossero confermate dal Re. Non so dove il LAURENS attinga queste notizie perchè non cita nessuna fonte; se, come mi pare, è dal THONISSEN, egli ha evidentemente travisato il pensiero di questo autore.

[10]) Nell'esercizio anzi di questa alta sua prerogativa e per la soluzione dei dubbi di diritto il principe veniva assistito da una specie di Consiglio di Giustizia composto di tre giudici esperti ognuno nella conoscenza di un Veda ovvero di una delle sacre scritture indiane. Le quali formavano il corpo delle leggi dell'India ed erano tre il *Richt*, il *Yadjous* e il *Sâma*. (Vedi *Leggi di Manou*, XII, 112). Cfr. THONISSEN, *Histoire du dr. crim.*, I, 35, nota 2.

sime e preziose scoperte di documenti nuovi che illuminano di nuova luce le istituzioni penali egiziane [11]) noi non troviamo nessuna fonte da cui sia dato di ricavare diretta notizia dell' esistenza, nel processo penale di questo popolo, di una autorità della cosa giudicata. Risulta che il potere giudiziario era esercitato dal Re e che a lui spettava la nomina dei magistrati [12]) (*Oerou*, grandi ufficiali) i quali, scelti per lo più [13]) dalla casta sacerdotale, non erano *permanenti* ma venivano creati volta per volta dal Re in numero più o meno grande secondo la gravità del delitto che dovevano giudicare [14]). Si emanavano vere e proprie sentenze [15]): contro le quali se rese dai primi giudici erano ammessi gravami: si ricorreva o a magistrati superiori come quelli per es. che formavano le *Grandi Assisie* o allo stesso re che provvedeva e aveva perciò facoltà di riesaminare la questione [16]). Non sappiamo se questi gra-

---

[11]) Cfr. i recenti importantissimi studi fatti su questi nuovi documenti da Amellino, *Il diritto e la procedura penale dell' antico Egitto sulla scorta dei classici e delle più recenti scoperte* nella *Pubblicazione pel cinquantesimo anno di insegnamento di* Enrico Pessina, vol. II (Studi di diritto penale), Napoli 1899, pag. 453-460. Vedi pure Thonissen, *Études sur l' organisation judiciaire, les lois pénales et la Procédure criminelle de l' Egypte ancienne*, Bruxelles 1868.

[12]) Cfr. Amellino, op. cit., pag. 474 e seg., Thonissen, *Histoire du dr. crim.*, I, 100-112. Il Pastoret, *Histoire*, I, 125 lascia in dubbio se i magistrati fossero nominati dal re o si nominassero da se stessi.

[13]) Per lo più, non *sempre* come vogliono il Thonissen, *Histoire du dr. crim.*, I, 102, e il Pastoret, *Histoire*, I, 121. Cfr. Amellino, *op. cit.*, l. c.

[14]) Cfr. Amellino, *op. cit.*, pag. 174-75. Ivi sono confutate le diverse ipotesi di Thonissen, *Histoire du dr. crim.*, I, 111-113; cfr. pure le induzioni di Pastoret, *Histoire*, I, 125-126 basate per lo più su passi di Diodoro oggi rivelati inesatti.

[15]) In esse si faceva menzione del fatto, delle prove e della legge di applicarsi e se ne comandava, inoltre, l' applicazione. Vedi Amellino, op. cit., pag. 484.

[16]) Cfr. Amellino, *op. cit.*, pag. 484 e 485.

vami fossero contenuti in determinati limiti di tempo e quindi le decisioni dei primi giudici potessero col trascorrere di questi divenire irrevocabili; ma non lo crediamo. In ogni modo *irrevocabili* dovettero essere certo le decisioni del Faraone e forse anche quelle dei tribunali superiori.

Le ragioni sono varie. Anzitutto l'autorità quasi divina di cui nella pubblica considerazione, erano circondati i giudici, quasi sempre re o sacerdoti; e le mistiche e solenni formalità che accompagnavano il giudizio che dovevano dare, l'una e le altre, ai responsi giudiziali quasi il carattere di oracoli divini [17]). Poi, la grande celerità del processo penale egiziano [18]) che sarebbe stata contradetta e frustrata se l'esecuzione della sentenza avesse potuto lungamente dilazionarsi per via di continue revisioni di essa. D'altronde è noto che ad ogni sentenza di condanna teneva sempre dietro e immediatamente *l'esecuzione* [19]) e inoltre *Erodoto* (II § 121) ci dice che talvolta dal re si faceva *grazia* al condannato [20]) e questa grazia certo non avrebbe avuto ragion d'essere se il re stesso avesse potuto con un nuovo giudizio revocare la condanna di qualsiasi tribunale, anche superiore. Infine c'è un'altra ragione che vale così per le regie pronunzie come per quelle dei magistrati.

Sappiamo che degli accusati riconosciuti innocenti veniva segnato il nome in un registro (*antimh*) e veniva loro rilasciato un estratto della sentenza come foglio di

---

17) In ciò convengono il LAURENS, *Chose jugée*, pag. 14 e il THONISSEN, *Histoire du dr. crim.*, I, 128 dove si parla anche di *irrevocabilità* delle sentenze. Circa il giudizio e le sue formalità vedi THONISSEN, *Histoire*, I, 126-128, AMELLINO, *op. cit.*, pag. 478-483.

18) Cfr. AMELLINO, *op. cit.*, pag. 482.

19) PASTORET, *Histoire*, I, 148, THONISSEN, *Histoire*, I, 125.

20) PASTORET, *op. cit.*, l. c.

riconoscimento [21]). Ora, a ben poco avrebbe servito questa registrazione e questo rilascio se la sentenza di assoluzione avesse avuto non un carattere definitivo ma un valore transitorio ed effimero per la possibilità di nuovamente accusare ed eventualmente condannare gli imputati riconosciuti innocenti da una precedente sentenza.

5. — Giudea. — Che l' istituto della cosa giudicata penale esistesse nel processo penale ebraico, non mi pare si possa mettere in dubbio. Certo l' organizzazione giudiziaria e processuale degli Ebrei si presenta assai diversa secondo che si voglia adottare il testo biblico o le tradizioni rabbiniche: ma relativamente al nostro argomento, i risultati non sono diversi: e conducono alla persuasione certa dell' esistenza nel processo penale degli Ebrei di una autorità della cosa giudicata. Secondo il testo biblico (a parte ogni menzione delle sentenze dei mobili e passeggeri tribunali che governarono il popolo ebraico durante il suo soggiorno nel deserto [22])) vi erano nella Giudea istituzioni giudiziarie permanenti: e cioè, anzitutto, un certo numero di *tribunali inferiori* sedenti alle porte di ogni città e aventi giurisdizione civile e criminale e, inoltre, un tribunale centrale supremo incaricato di sostituirsi ai giudici locali ogni qual volta questi non possedessero la capacità necessaria per pronunciare con perfetta cognizione di causa [23]).

Era alle parti interessate data facoltà di rivolgersi al Tribunale Supremo nel caso che i giudici locali non credendo di possedere le necessarie cognizioni esitassero a

[21]) AMELLINO, *op. cit.*, pag. 485.

[22]) Vi era al sommo della giurisdizione il tribunale di Mosè e inoltre quattro categorie di giudici (di mille, di cento, di cinquanta, di dieci). Le sentenze di ognuno di questi giudici erano *inappellabili* ed *irrevocabili*. Confr. THONISSEN, *Hist. du dr. crim.* I, 207, 211 e 200.

[23]) THONISSEN, *Hist. du dr. crim.*, I, 212-219.

pronunziarsi. Ma non era questo un *diritto di appello* concesso al cittadino condannato contro la decisione del Tribunale locale per il quale si potesse reclamare un secondo esame della causa. Finchè la sentenza non era resa si poteva bene rivolgersi alla superiore giurisdizione, ma una volta la sentenza pubblicamente e solennemente emanata, e in caso di condanna, una volta inflitta la pena, la pronunzia del giudice aveva carattere *definitivo* e *irrevocabile*, era reputata *giusta* e *legale* e doveva essere immediatamente eseguita [24]). Essa costituiva dunque, secondo il linguaggio moderno, un vero *giudicato* e più ancora era considerato tale la decisione del Supremo Tribunale della capitale, la disobbedienza alla quale per opera delle parti contendenti era anzi punita di morte [25]). Diverso era l'organismo giudiziario e processuale secondo le tradizioni rabbiniche che sono le più comunemente ricevute. Secondo esse vi erano presso gli Ebrei tre classi di tribunali: uno, il più basso nella gerarchia giudiziaria, composto di *tre* giudici, sedente nelle piccole borgate e statuente sui delitti che non importavano altra pena che la frusta o la pena pecuniaria; l'altro, più importante, composto di *ventitre* giudici sedente nelle città più grandi e statuente su tutte le cause (fra cui le capitali) che sfuggivano alla giurisdizione inferiore ed alla superiore. Quest'ultima era costituita dal *gran Sinedrio* di Gerusalemme tribunale composto

---

[24]) THONISSEN, *Hist. du dr. crim.*, I, 220.

[25]) Il *Deuteronomio*, XVII, 8-12 diceva, infatti, espressamente « Voi li interrogherete (i giudici del tribunale supremo) ed essi vi diranno la decisione di diritto. Agite allora seguendo la parola che essi vi diranno.... e abbiate cura di fare tutto ciò che essi vi insegneranno. Voi vi conformerete alla dottrina che essi vi esporranno senza allontanarvene nè da destra nè da sinistra, perchè l'uomo che pieno di orgoglio, non si conformerà alla decisione..... sarà punito di morte. »

di 70 membri, specie di Senato supremo della nazione cui erano deferite tutte le cause di suprema difficoltà ed importanza [26]) Le decisioni del Tribunale dei tre *non erano suscettibili di appello,* ma se i giudici avevano dei dubbi sulla risoluzione della causa potevano rinviarla al tribunale superiore e poi comunicare alle parti la sentenza di questo [27]). Ugualmente *inappellabili* in materia penale erano le decisioni del tribunale dei *ventitre* ma in caso di difficoltà i giudici potevano sottomettere queste difficoltà al parere del Gran Sinedrio [28]). Quando dunque la causa era spoglia di ogni carattere di *incertezza* tanto il tribunale dei *tre* che quello dei *ventitre* poteva e doveva decidere: lo poteva anche in caso che fosse dubbia; ed in ogni modo le sue decisioni erano *definitive* ed *irrevocabili* sulle materie di cui la legge gli attribuiva la competenza [29]). Ugualmente e sempre *irrevocabili* erano le pronunzie del Gran Sinedrio che oltre alla loro intrinseca e giuridica autorità avevano anche una importanza ed autorità dottrinale grandissima [30]).

Tutti i giudicati di *assoluzione* e, di *condanna,* soltanto quelli a pena non capitale; di qualunque tribunale fossero; erano resi immediatamente e immediatamente divenivano *definitivi* ed *irrevocabili* e dovevano essere *eseguiti* senza indugio: nel caso di condanna perciò la pena

---

26) THONISSEN, *Hist. du dr. crim.*, I, 228-235.

27) THONISSEN, *Histoire,* I, 229 e *Appendice* Nota N, pag. 298 e 299 MISCHNAH, *Sinedrio* X, 2.

28) THONISSEN, *Histoire,* I, 230; MISCHNAH, *Sinedrio,* VI, 1.

29) Cfr. PASTORET, *Histoire,* I, 368; THONISSEN, *op. cit.* l. ult. c.; SELDEN, *De Sinedriis Hebreorum* Lib. III, cap. 2.°

30) Per quanto il THONISSEN, *Histoire,* I, 233 e 235 taccia sulla irrevocabilità delle sentenze del Gran Sinedrio, essa non può mettersi in dubbio; ed è forse perciò che egli ne tace. Cfr. GHEMARE DE JERUSALEM, *Sinedrio* 19 e s.

si faceva subire immediatamente al condannato [31]). Diversamente era dei giudicati di condanna rese in cause capitali. Già abbiamo detto che delle cause capitali decideva il tribunale dei *ventitre:* ora, in queste, a fine di evitare errori giudiziari che per il carattere della pena sarebbero stati irreparabili, i giudici, emesso il loro voto, se la maggior parte di essi propendeva per la colpabilità rimettevano la causa a due giorni dopo e durante tutta la giornata intermedia si riunivano per meglio maturare le circostanze di fatto rivelate dall' istruzione. Il terzo giorno essi, montati di nuovo sui loro seggi, procedevano ad un nuovo esame e ad una nuova deliberazione *definitiva* della causa e potevano per conseguenza *confervare* o anche *revocare* la prima decisione [32]). Tuttavia in omaggio alla libertà ed alla umanità, coloro che avessero prima votato in senso favorevole all' accusato, rimanevano legati al loro voto e non potevano votare posteriormente per la condanna: coloro invece che avevano votato per la colpabilità potevano mutare avviso e ritrattare il loro voto a fine di emettere una dichiarazione di innocenza [33]). Soltanto la decisione resa in base alla seconda deliberazione era *definitiva* ed *irrevocabile* e doveva essere *eseguita* immediatamente: ma non ogni decisione, bensì soltanto quella assolutoria. Per la condanna a pena capitale si faceva invece ancora una eccezione giacchè era permesso ad ogni cittadino di presentarsi al momento dell' esecuzione sostenendo che i giudici si erano sbagliati, che il condannato era innocente e che si era in grado di fornire nuove prove a sua giusti-

---

[31]) Cfr. il THONISSEN, *Histoire*, II, 19 e più esplicitamente il LAURENS, *Chose jugée*, pag. 15, il quale però, come ho avvertito, non cita nessuna fonte.

[32]) THONISSEN, *Hist.* II, 19, 31 e 32 e LAURENS, pag. 15 e 16.

[33]) Cfr. THONISSEN, II, 32, LAURENS, pag. 16.

ficazione. Lo stesso diritto era concesso al condannato che pretendesse di aver trovato queste prove, per poco che le sue affermazioni avessero una apparenza di serietà. In questi casi il condannato era ricondotto in carcere, le nuove prove venivano vagliate dal difensore, i giudici esaminavano più attentamente, rivedevano, pesavano con maggiore maturità; e se risultava dimostrato che il condannato era innocente, la condanna veniva *revocata* ed *annullata;* se si confermava colpevole, egli veniva ricondotto verso il luogo di esecuzione. Per ben *cinque* volte si poteva opporsi a che una condanna fosse eseguita e per ben cinque volte poteva aver luogo il giudizio di revisione e di revocazione. Il quale si operava nel silenzio e nella solitudine a fine che i giudici non si lasciassero influenzare da esterne commozioni [34]).

Di un altro giudizio voglio infine parlare: cioè di quel giudizio inteso ad una immediata e rigorosa repressione e sprovvisto di ogni garanzia processuale, che dicevasi il *giudizio di zelo.* Per certi più gravi delitti che attentavano alle basi stesse dell' ordine sociale, ed in caso di flagranza o di assoluta evidenza di prova; i testimoni del reato, talvolta il popolo intero, trasformati in ministri della giustizia sociale si precipitavano sul colpevole e senz' altra forma di processo lo colpivano o lapidavano. In questo giudizio pronto e sommario, che si giustificava come un diritto di difesa dei cittadini contro un pubblico nemico, il grido unanime del popolo che condannava il colpevole costituiva una decisione *irrevocabile*, un giudicato, che si eseguiva non appena emesso [35]).

---

[34]) Cfr. Thonissen, II, 32 e 33; Pastoret, *Histoire*, I, 474; Laurens, *Chose jugée*, pag. 16.

[35]) Sui giudizi di zelo vedi Pastoret, *op. cit.* I, 475; Thonissen, *Histoire*, II, 20.

Concludendo si può dire che nel processo penale ebraico quale risulta dalle tradizioni rabbiniche (Mischnah e Talmud) si aveva una vera e propria autorità della cosa giudicata: la producevano:

a) Le decisioni del tribunale dei *tre*, sulle materie soggette a sua cognizione, tanto in caso di *assoluzione* che di *condanna*.

b) Le decisioni del tribunale dei *ventitre*, nelle materie di propria giurisdizione, così in caso di *assoluzione* che di *condanna* a pena non capitale. Le condanne a pena capitale non producevano invece cosa giudicata perchè potevano essere sempre *revocate* dagli stessi giudici che le avevano pronunciate, sia in base ad una seconda deliberazione e votazione definitiva, sia in base alla scoperta di un errore fatta all' ultimo momento prima dell' esecuzione capitale.

c) Le decisioni del gran Sinedrio così sulle materie di cognizione dei giudici inferiori da questi sottomessegli perchè controverse come su quelle di propria ed esclusiva giurisdizione.

d) Le decisioni prese dai cittadini testimoni al delitto nei *giudizi di zelo*.

6. — Grecia — *a) Atene*. La legislazione della Grecia primitiva è affidata alla leggenda; [36]) e vana per il nostro

---

[36]) Qualche notizia positiva, ma anch' essa incerta e confusa, possiamo attingere dai poeti più antichi, specialmente da Omero. Secondo i poemi omerici, il fondamento della giustizia penale era riposto nella divinità. Cfr. Schoemann *Griechische Alterthümer*, Trad. Pichler, Firenze 1877, 2ª ed., pag. 55 seg., Ferrini, *Quid conferat ad iuris criminalis historiam homericorum hesiodeorumque poematum studium*, Berolini 1881. Conseguentemente il reato era una offesa agli Dei che avevano cura di irrogare al colpevole una pena. Nell' ordine umano l' offeso poteva vendicarsi del danno subito e costringere ad un risarcimento.

scopo, riescirebbe qualsiasi ricerca. Per avere invece qualche notizia sicura sull'esistenza della autorità della cosa giudicata nel processo penale greco occorre discendere fino alla legislazione di Solone (594 a. C.) il quale accertò e rese stabili le primitive istituzioni giuridiche ateniesi per la massima parte, raccomandate alla consuetudine [37]). Troviamo appunto in una legge di Solone data facoltà ai cittadini di eludere l' accusa per mezzo di eccezioni (παράγραφαι): *exceptionem interropponito actioni ad eludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est* [38]); e tra queste eccezioni ve ne era pure una che somiglia alla nostra eccezione di cosa giudicata perchè mirava appunto ad impedire che si ritornasse sulla questione penale già giudicata: *ne res acta apud judices repeteretur* [39]).

Anche Pollux parla di una eccezione di cosa giudicata: *Exceptio quae eadem et traslatio testium dicitur; cum quis judicium non solemne legitimumque esse cau-*

---

[37]) Rimase nella legislazione di Solone l' idea della giustizia divina come fondamento del diritto criminale ma la vendetta da individuale si fece collettiva e furono istituiti tribunali penali non pure nell' interesse privato, ma anche nell' interesse sociale. Si dividevano poi i delitti in privati e pubblici e l' azione penale aveva carattere popolare (Plutarco in *Sol.*) cioè apparteneva ad ogni cittadino. Dei vari ordini di magistrati (*Assemblee del popolo, Areopago, Tribunale degli Efeti, Tribunale degli Eliasti*) non è facile accertare quale fosse la competenza rispettiva. Vedi su tutto ciò Hèlie, *Traité de l' instruction criminelle*, Bruxelles 1863, I, cap. II, § 3 e 4; Thonissen, *Le droit pénal de la république athénienne précédé d' une étude sur le droit criminel de la Gréce légendaire*. Bruxelles-Paris 1875, lib. II, Schömann e Meyer, *Der Attische Process*, Halle 1824; Cauvet *De l' organisation judiciaire chez les Athéniens*, nella *Revue de* Wolowski, 1844.

[38]) Petitus Sam., *Leges Atticae S. P. collegit digessit et commentario illustravit*, Parigi 1635-1642, libro IV, titolo IV.

[39]) Petitus, *Op. cit.*, lib. IV, tit. IV, n. 14, pag. 429.

satur, veluti jam ante judicatus aut absolutus [40]). È interessante ricercare il fondamento su cui si adagiava il principio della cosa giudicata non diverso in fondo da quello che attualmente è: la necessità di porre termine alle persecuzioni che incessantemente avrebbero potuto intentarsi contro colui che già avesse subito un primo giudizio: la necessità di evitare le private vendette da parte degli offesi o danneggiati dai reati, le quali avrebbero seguito l' insoddisfazione giudiziale. Nè i mezzi per ottenere il rispetto della cosa giudicata dovettero essere difficili a trovarsi in un popolo pel quale la divinità formava la scaturigine di ogni diritto e la legittimazione di ogni istituzione politica. Quello stesso sentimento religioso che vedeva nel reato una offesa agli dei; nella giustizia criminale, una emanazione della giustizia divina; nei giudici i depositari delle norme giuridiche trasmesse dagli Dei, dovette nella pronunzia giudiziale veder quasi un oracolo e sentirvi per entro la voce della livinità giudicante. E tale era appunto a quanto sappiamo la decisione degli *Eliasti* [41]): essa si reputava emanata dagli stessi Dei: doveva eseguirsi immediatamente: la soluzione da essa data non poteva discutersi, rimaneva immutabile e « fissava per tutti, come dice il Thonissen [42]) la posizione rispettiva degli attori

---

[40]) POLLUX, *Onomast.* lib. VIII, cap. VI, Trad.; PFEIFFER, *Antiquitates Graec.*, lib. II, cap. XXVII, pag. 255. Vedi pure LE SELLYER, *Traité de l' exercice et de l' extinction des actions publique et privée*, trad. BENEVOLO, Roma 1889, nr. 637.

[41]) Gli *Eliasti* erano assemblee di più di seimila cittadini convocate dagli *arconti* che giudicavano *inappellabilmente* sulla quasi totalità delle cause pubbliche. Vedi SIGONIUS, *De republica Atheniensium*, Francoforte 1593, lib. III, capo XIV.

[42]) THONISSEN, *Le droit penal de la republique athénienne précedé d' une étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire*, Bruxelles-Paris 1875, lib. II, capo IV, pag. 156-157.

del dramma giudiziario ». Emanato il giudicato, se esso assolveva, l' assolto diveniva sacro per tutti e la divinità lo proteggeva: se condannava, la giustizia divina o la vendetta umana dovevano considerarsi soddisfatte della riparazione ottenuta e il condannato era ammesso ad espiare il delitto coi sacrifizi ai piedi dei sacri altari. Disobbedire alla sentenza emanata, sia cercando di sodisfare la propria sete di vendetta, sia accampando l' ingiustizia della sentenza medesima, sarebbe stato pertanto un sacrilegio, una nuova offesa alla divinità. Perciò in Grecia non si conobbe mai appello contro le sentenze [43]). Ma più tardi con l' affievolirsi del sentimento religioso presso i Greci la autorità della cosa giudicata penale si sarebbe trovata in certo modo priva di fondamento. E allora si fece innanzi un altro concetto più intimo, più vero, più evoluto: il concetto che la autorità della cosa giudicata trovasse la sua ragione giustificativa in principi di ordine pubblico e sociale. E così che in Platone e Demostene troviamo delineate con sorprendente chiarezza le vere ragioni giuridiche e civili che impongono la istituzione della cosa giudicata penale. Platone, nel rappresentarci Socrate respingente il consiglio degli amici di sottrarsi con la fuga all' iniqua sentenza di morte che lo colpiva, così gli fa dire dalle Leggi personificate. « Ti par egli possibile o Socrate che possa sussistere e non essere sovvertito uno Stato nel quale le decisioni emanate dai giudici sono prive di ogni forza e sono eluse ed annullate per opera dei privati cittadini? Molto vi è da ridire sullo annullamento di quella legge

---

[43]) Neanche prima della legislazione Solonica esisteva l' appello. Gli *Effeti* non erano una Giurisdizione di appello rispetto al- l' Arconte, ma formavano, con questi a capo, tutto il tribunale e le loro decisioni erano *irretrattabili;* cfr. SCHÖMANN, *Griechische Alterthümer,* 1820, I, 481.

(la legge di Solone?) che comanda che rimangano valide le liti gia giudicate » [44]). E pare che a Platone stesso non isfuggisse neppure l' eventualità disgraziata di una iniqua sentenza, perchè soggiunge poco dopo Socrate, che i cittadini non sono obbligati ad obbedire soltanto alle sentenze giuste, ma a tutte le sentenze giuste o ingiuste che siano [45]). E più dogmaticamente affermava il principe dei greci oratori: « Togliere alla cosa giudicata il suo carattere irrevocabile, attentare ad esso, sia pure per mezzo di una legge o di un decreto del popolo è un delitto spaventevole, è un atto empio, è un attentato ai principi fondamentali del governo democratico » [46]). La autorità della cosa giudicata era dunque chiaramente riconosciuta ad Atene e si faceva valere mediante una *eccezione* (παραγράφη) che in nulla differisce dalla moderna *exceptio rei judicatae*. E questa autorità era assoluta e sovrana perchè ogni processo doveva necessariamente portare ad una condanna o ad una assoluzione. Tuttavia sembra che anche ai Greci ripugnasse di dovere in omaggio al principio rigoroso della cosa giudicata mantenere in vigore delle ingiuste sentenze perchè vediamo questo principio piegarsi dinanzi alla triste evidenza dell' errore giudiziario. Si sa che in Atene l' ambizione alle cariche pubbliche, l' ardore della passione po-

---

[44]) « Εἰπε μοι ὦ Σώκρατες, τὶ ἐν νῷ ἔχεις ποιεῖν; ἄλλο τι ἢ τούτῳ τῷ ἔργῳ, ᾧ ἐπιχειρεῖς, διανοεῖ τούς τε νόμους ἡμᾶς ἀπολέσαι καὶ ξύμπασαν τὴν πόλιν το σὸν μέρος; ἢ δοκεῖ σοι οἱόν τε ἔτι ἐκείνην τὴν πόλιν εἶναι καὶ μὴ ἀνατετράφθαι, ἐν ᾗ αἱ γενόμεναι δίκαι μηδὲν ἰσχύουσιν, ἀλλὰ ὑπὸ ἰδιωτων ἄκυροί τε γίγνονται καὶ διαφθείρονται.....; πολλὰ γὰρ ἄν τις ἔχοι, ἄλλως τε καὶ ῥήτωρ, εἰπεῖν ὑπερ τούτου τοῦ νόμου ἀπολλυμὲνου, ὅς τὰς δίκας τὰς δικασθείσας προστάττει κυρίας εἶναι. PLATONE, *Critone*, XI.

[45]) ὦ Σώκρατες ἢ καὶ ταῦτα ὡμολόγητο ἡμῖν τε καὶσοί, ἢ ἐμμένειν ταῖς δίκαις, αἷς ἂν ἡ πόλις δικάζῃ. PLATONE, *Critone*, *ibidem*.

[46]) DÉMOSTENE, c. *Timocrate*, 73, 152 c. *Leptine* 147, per *Formione*, 25. E vedi pure ANDOCIDE contro *Alcibiade* 8 e 9.

litica, la lotta dei partiti portavano spesso ad accuse temerarie e calunniose rese possibili dall'essere in Grecia il diritto di agire in giudizio concesso ad ogni cittadino (azione popolare). La pubblica accusa dei malfattori serviva ad acquistare il favore popolare, a rendere gli uomini bene accetti alla pubblica opinione, e ad innalzarli ai più alti gradi ed onori. Di qui una serie di giudizi fondati sul vergognoso mercimonio delle testimonianze; una serie di deplorevoli errori giudiziari e di inique decisioni di fronte a cui si scuoteva profondamente la religione della cosa giudicata. Occorreva che si derogasse al principio nell'interesse stesso della sua autorità; e si dette perciò al condannato la facoltà di provare che la buona fede dei giudici era stata traviata dalle false testimonianze concedendogli di querelarsi di esse e di far condannare i testimoni bugiardi. Ottenuta la condanna di questi, il condannato aveva il diritto di domandare che la sentenza che ingiustamente lo colpiva fosse annullata e la pena annientata mediante una procedura particolare che si designava col nome di δίκη 'ανάδίκης [47]). Anzi bastava che la querela fosse presentata perchè fosse sospesa l'esecuzione di ogni sentenza che importasse privazione della vita e della libertà non ostante che si continuasse a ritenere in prigione il condannato sino alla fine del processo. In caso di condanna pecuniaria invece, la sentenza era bensì provvisoriamente eseguita, ma se il condannato ottenuta a sua volta la condanna dei falsi testimoni avesse domandata la nullità della condanna che lo colpiva, il giudice statuente sulla nullità, nel caso che la querela fosse accolta, aveva l'obbligo

---

47) Demostene c. *Evergos e Mnesibulo,* 1 e segg.; Harpocration, v. ἀναδικάσασθαι; Suidas, v. ἀνάδικοι e δίκη; Pollux, VIII, 23; Bekker, *Anedocta Greca,* I, 23, 216; Esichius v. ανάδικοι, παλινδικία, παλινδίκαι; Platone, *Leggi,* XI, 937; Iseo, *Per la successione di Agnia,* 46.

nella valutazione della pena di calcolare la somma anteriormente pagata dal condannato [48]). Il giudizio di annullamento della sentenza riconosciuta erronea costituiva qualche cosa sotto molti punti paragonabile al nostro *giudizio di revisione.*

b) Sparta. — Mentre nel procedimento penale Ateniese troviamo in avanzato stadio di evoluzione giuridica l' istituto della cosa giudicata, a Sparta, invece può dirsi che esso non fosse conosciuto. Il Senato che era chiamato a giudicare sulla massima parte delle cause criminali non aveva facoltà di condannare se non nella evidenza certa e incontrovertibile delle prove di colpabilità; se questa non c' era se cioè vi era dubbio sulla colpevolezza l' imputato andava liberamente prosciolto. Ma i magistrati potevano, nella scoperta di nuovi elementi atti a provare la colpabilità dell' accusato ritentare nuovamente l' azione e nuovamente perseguire il reo. Così le sentenze di assoluzione non erano mai nè *definitive* nè *irrevocabili:* non si consideravano mai come *giudicati:* tali erano soltanto le sentenze condannatorie e neppure vorrei dire per ossequio al principio della cosa giudicata, che fu certamente ignoto o mal noto alla legislazione spartana [49]).

---

48) DEMOSTENE c. *Evergos* e *Mnesibulo,* 10, 49-51.

49) Un istituto pei suoi effetti simile alla autorità della cosa giudicata era il *perdono* accordato dalla parte lesa al colpevole o la *transazione* ch' essa faceva con lui per mezzo di una somma di danaro; giacchè l' uno e l' altra estinguevano l' azione pei delitti penali privati. Ma di essi è più opportuno parlare a proposito della *remissione* che non della cosa giudicata — Vedi DEMOSTENE; c. *Pantaenétos.* Vedi su ciò HÉLIE, *Traité de l' instruction criminelle,* Bruxelles 1863, I, n. 20.

Capitolo II. — **L' Epoca Romana.**

§ 1. — *Origine e sviluppo storico della* « exceptio rei judicatae » *nella procedura criminale romana.*

7. — Difficoltà ed interesse della ricerca — Divisione della storia della procedura criminale in tre periodi — **8.** Periodo delle Origini — Opinione del Laurens — **9.** Sua confutazione — La regola antica " *bis de eadem re ne sit actio* " — **10.** La questione della forma e la questione dell' origine — Opinioni del Bekker, del Pöschmann, del Krüger, del Cogliolo e del Voigt — Nostra opinione — **11.** La " *consumptio per litis contestationem* " nella procedura civile e criminale — **12.** Periodo delle " Quaestiones perpetuae " — Parallela evoluzione del principio " *bis de eadem re agere ne liceat* " nella procedura civile e criminale — *L' exceptio rei in iudicium deductae* e *l' exceptio rei judicatae:* loro omogeneità giuridica — **13.** Ragioni di questa evoluzione parallela — Il significato di " *vulgaris* " *exceptio. L' exceptio rei iudicatae* nelle Orazioni Ciceroniane di diritto penale — **14.** Periodo delle " Cognitiones Extraordinariae " — Ulteriore evoluzione della autorità della cosa giudicata nella procedura civile e criminale — Scissione della *exceptio rei judicatae* dalla *exceptio rei in iudicium deductae* e sua autonomia — **15.** La *lex Julia iudiciorum privatorum* e la *lex Julia iudiciorum publicorum* — Confutazione di una opinione del Laboulaye.

7. — Che l' autorità della cosa giudicata criminale fosse un istituto non ignoto ai Romani, non si saprebbe dubitare: nelle Pandette come nel Codice di Giustiniano noi abbiamo testi da cui agevolmente e lucidamente se ne può desumere l' esistenza. Ma in qual momento storico sorse, come si svolse e progredì attraverso le varie fasi della procedura criminale romana, l' istituto della *res judicata?* La risposta a questa domanda, per se interessantissima, è tutt' altro che facile. Già in se stessa difficile si presenta la ricerca della genesi di un istituto giuridico; ma questa ricerca si complica e si rende ancor più grave, quanto più antiche sono le traccie che esso ha lasciate e minori i testi che ce ne danno notizia. Così è nel caso. E tuttavia noi tenteremo brevemente questa ricerca, indagando la nascita

e seguendo la vita dell' istituto della *res judicata* nei tre grandi periodi o fasi che caratterizzano la procedura criminale romana; cioè: 1.° il periodo che va dalle origini di Roma al principio del VII secolo e precisamente al 605 U. C., anno in cui si istituirono le *quaestiones perpetuae;* 2.° il periodo che va dal 605 U. C. fino alla caduta della repubblica; 3.° il periodo che va dalla caduta della repubblica alla caduta dell' Impero romano.

8. — Periodo delle Origini. (Dalle origini al principio del VII secolo). — Parliamo anzitutto del periodo primitivo [1]). E domandiamoci: si riconobbe egli durante il tempo che corre dalle origini di Roma al principio del VII secolo una autorità qualunque alla cosa giudicata criminale? Lo nega assolutamente il Laurens [2]): « Bien que nous n' ayons aucun document sur cette question nous croyons pouvoir affirmer que l' autorité de la chose jugée n' existait pas. Car l' application de ce principe suppose l' existence d' une législation déja régulière; et ce n' était pas encore le cas à Rome puisque tout criminalité, pénalité, procèdure, était abandonné au caprice du juge. De plus les décisions rendues sur les affaires criminelles, n' avaient pas, à proprement parler, le caractère de jugements; car, étant l' oeuvre du Souverain lui même, et non du juge, elles pouvaient être transformées par la volonté de celui qui les avait crèès (Tite Live V, 46). Ces motifs seraient suffisants pour montrer que les décisions des rois ou du peuple n' étaient pas susceptibles d' entraîner cette autorité

[1]) Vedi su la procedura criminale di questo periodo lo ZUMPT, *Das Criminalprozess der römischen Republik,* Leipzig 1871, cap. XXXVI; GEIB *Geschichte des römischen Criminalprozesses bis zum Tode Iustinians,* Leipzig 1842, pag. 98 e seg.; JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung,* Trad. MEULANAERE, Paris 1877, II, 45.

[2]) LAURENS, *De l' autorité de la chose jugée,* pag. 26-27.

qui s' attache aux sentences vraiment judiciaires et les fait considerer comme l' expression même de la verité. Mais nous devons ajouter cette remarque particulière à la legislation que nous étudions en ce moment: a Rome l' existence d' un droit était subordoné à l' existence d' un moyen régulier de procédure pour se prévaloir de ce droit: or puisque la procédure criminelle n' était soumise à aucune régle déterminée, il n' existait aucun moyen pour invoquer la chose jugée de sorte que celle ci ne pouvait avoir aucune autorité. »

9. — L' opinione del Laurens è assolutamente inaccettabile, e tutt' altro che valide sono le ragioni su cui si fonda. Anzitutto si rivela inesatta l' affermazione che non si abbia alcun documento in materia. Fin dai tempi più antichi di Roma troviamo traccie della regola che non si può sottoporre due volte a procedimento una stessa questione giuridica; e questa regola valeva cosi per le cose civili che per le criminali; anzi dobbiamo dire che in materia criminale essa avesse maggior vigore che non in materia civile perchè i fragmenti dei tempi in cui si trovano traccie della regola si riferiscono per lo più — come vedremo — ad affari criminali. E la regola era, come dicemmo, tradizionalmente antichissima; tanto antica che Quintiliano ce la riferisce come una norma di cui non si capiva più il vero ed originale significato e valore.

Quintilianus, *Inst.* VII, 6, 1 « *Scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est et pars magna controversi iuris hive pendet; quominus id in scholis accidere mirum est ubi etiam ex industria fingitur*..... 4). *Solet et illud quaeri quo referatur quod scriptum est:* « BIS DE EADEM RE NE SIT ACTIO » *id est hoc bis ad actorem an ad actionem* » E conclude: « *hoc ex jure obscuro.* »

E anzi questa regola si era insinuata a poco a poco

sotto forma di proverbio, nella coscienza giuridica del popolo e « *actum agam* » significava fare un' opera vana, un inutile sforzo.

Donat. *Ad. Ad.* 2, 2, 24 « *Actum agam, proverbium, id est nihil agam.* »

Cicer., *De amicitia* c. 22 *Acta agimus vetamur veteri proverbio.* »

Il « *bis de eadem re ne sit actio* » era dunque una massima vecchia ai tempi di Cicerone e di Quintiliano. E infatti anche i poeti comici del VI secolo di Roma ne parlano più volte nelle loro opere: nella *Cistellaria* e nel *Pseudolus* di Plauto [3]); nel *Phormio*, nell' *Andria* e nell' *Adelphoe* di Terenzio [4]), vi si trovano parecchi accenni. Nè vi è dubbio — come dicemmo — che la massima si estendesse alle materie criminali, perchè Quintiliano riportandola, adduce esempi attinti alla materia criminale.

Quintilianus, *Declam.* 266 « BIS DE EADEM DE AGERE NE LICEAT. » *In quandam civitate proditionis damnatus missum est in exilium. Bello eadem civitate laborante revocati sunt exules. Is qui proditionis damnatus fuerat fortiter fecit. Petit ut iterum causam suam agat. Accusator praescribit quod* BIS DE EADEM RE AGERE NON LICET.

Chè anzi, egli stesso fa la questione se la massima in parola potesse aver vigore nei giudizi criminali e dice che *a fortiori* in questi valeva e doveva valere:

« Termo ibidem « *Postea veniemus ad id quoque an utique ista praescriptio valere debeat semper, hoc est an etiam in publicis causis* BIS DE EADEM RE AGERE NON

---

3) PLAUTO, *Cist.* 2, 36, *Pseud.* I, 3, 28.

4) TERENTIUS, *Phorm.* II 3, 56 e 72, *Andria* III, I, 7, *Ad.* II, 2, 24, e v. su questi ultimi passi il *Commentario* di DONATO. Cfr. pure il VOIGT, *Die Lehre von Jus naturale aequum et bonum et jus gentium*, vol. III, parte 2ª, pag. 1077, nota 1689. Leipzig 1856-1875.

LICET. *In quo illud dicetur: privatis litibus quoniam et minus momenti et plus numeri habeant succursum esse hac lege, publicas actiones maiores esse quam ut cadant exceptione.* »

10. — Ma quando sorse la regola ed in qual forma? Quanto alla forma, Quintiliano parla una volta di « *bis de eadem re ne sit actio* » ed altre due di « *bis de eadem re agere ne liceat* » e questa seconda forma si trova anche due volte presso Giulio Vittore[5]). Noi crediamo col Voigt quest' ultima l' originaria dicitura non solo per l' argomento da lui accennato, che cioè, Quintiliano parlando della prima dice « *scriptum est* », ma altresì perchè questa si trova menzionata una volta, e quella quattro dagli autori; perchè, inoltre, ammettendo — come il Voigt e noi stessi ammettiamo — che la norma sia stata introdotta da una legge, l' espressione *agere ne liceat (liceto)* è — secondo osserva il Cogliolo[6]) — più propria; perchè, infine, questa espressione si trova in altri testi e quella no.

Più complicata è la questione della origine della regola. Essa è stata fatta per la materia civile, ma non ha meno ragione di essere per ciò che riguarda la procedura criminale nè può menare qui a diverse soluzioni. Anzi, par qui la sede più propria della questione, in quanto i testi che sembrano decisivi per la sua risoluzione han più da fare col diritto criminale che non col diritto privato. Varie opinioni si sono manifestate in proposito. Il Bekker[7]), nel 1853, si dimostrò incerto sull' origine della regola: secondo lui apparteneva alla interpretazione degli antichi giuristi *(ius civile)* come farebbero credere le parole *scriptum est* di Quintiliano o apparteneva ad una an-

---

[5]) IULIUS VICTOR, *Ars Rethorica*, III, 10 e IV, 8.

[6]) COGLIOLO, *Storia del diritto Romano*, Firenze 1889, I, 223.

[7]) BEKKER, *Die processualische Consumption*, Berlin 1853, pag. 26.

tica legge, forse quella delle XII Tavole, come farebbe credere la parola *Lex*, che si trova nella l. 18, § 4 *Dig. De dolo malo* IV, 3. Il Pöschmann [8]) pone l'origine della regola in una *Lex Petronia* del IV o V secolo, e si fonda, per sostenere la sua opinione sulla Legge 16 Cod., *Ad legem Iuliam de adulteriis* IX, 9.

« *Abolitionem adulterii criminis postulans Praesidem in cuius officio accusatio fuerit istituta, adire debes. Caeterum erras tu marite existimans etiamsi simpliciter, id est, sine abolitione destitisses, Senatusconsulto in persona tua futurum locum non fuisse: diversum enim divi Principes saepe sanxerunt. Quia hoc amplius scias nullam fuisse tibi ulterius potestatem istituendi accusationes: quia et decreto patrum et* lege Petronia *ei qui iure viri delatum adulterium non peregit nunquam postea hoc crimen deferre permittitur.* »

Il Krüger, [9]) invece sostenne che la massima in parola fu introdotta dalla legge delle XII Tavole, specialmente per il capo 3, § 10 e capo 4, § 8 del retore Iulius Victor. Eccoli: c. 3, § 10 (Orel pag. 205)

« BIS DE EADEM RE AGERE NON LICEAT: *pauper duorum divitum inimicus, filio in urbe relicto, peregre profectus est; filius eius inventus est occisus et spoliatus; et accusaverunt se divites caedis, ambo absoluti sunt; regressus pauper vult eos accusare: illi* EX LEGE *praescribunt.* C. 4, § 8 (Orel pag. 215).

« *An quum* LEGE *cautum sit* NE BIS DE EADEM RE AGERE LICEAT, *non possit hic rursum aggredi iudicium quod iam pridem istituerat.* »

Il Bekker nel 1871, in un altra opera [10]), ritornò sulla

---

[8]) PÖSCHMANN, nei SCHLETTER'S *Jahrbücher*, II, 188-191.

[9]) KRÜGER, *Processualische Consumption*, Leipzig 1864, § 1, pag. 5.

[10]) BEKKER, *Die Ahtionen*, Berlin 1871, I, 334.

sua opinione e principalmente per le parole *scriptum est* di Quintiliano si dichiarò propenso a credere che la regola *bis de eadem re* ecc. fosse sorta dalla interpretazione dei giuristi. Più tardi il Cogliolo [11]) opinò che la norma fosse stata introdotta da una legge precedente alle XII Tavole, che egli chiama *Lex antiqua* e si fondò sui citati passi di Iulius Victor « L'antichità e la pubblica importanza del divieto a risollevare una controversia già giudicata — aggiunge egli — fanno credere che tale divieto è perciò la regola *bis ne sit actio* sia stata oggetto di una legge anteriore alle XII Tavole: la lunga consuetudine la radicò e convertì in proverbio popolare » [12]). Quanto alle XII Tavole, secondo il Cogliolo, esse non fecero che ripetere una norma già consacrata. Ma dopo il Bekker e il Cogliolo il Voigt [13]) ha ripreso la disputa ed ha sostenuto vigorosamente che il *bis de eadem re ne sit actio* deve la sua origine alle XII Tavole. Non ai giuristi: lo *scriptum est* di Quintiliano non prova in favore, ma contro perchè in Festo (258, 6, 3) e in Servio (pr. *Inst* IV, 9) si trova detto: *in XII tabularum scriptum est*. E quanto alla *Lex* di cui parlano i passi noti di Giulio Vittore essa non fu una legge anteriore alle XII Tavole, ma la legge stessa delle XII Tavole, come si argomenta: *a)* dalla l. 2 Dig. *Arborum furti caesarum* XLVII, 7 « *Sciendum est autem eos qui arbores et maxime vites ceciderint etiam tamquam latrones puniri* »; e: *b)* dal fatto che le XII Tavole sanzionavano la consumazione all' azione per mezzo della *pactio privata de furto;* il che risulta certo dalla l. 7, § 14 Dig. *de pactis* II: « *Nam et de furto pacisci* LEX

[11]) Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*, Torino 1883, pag. 4 e *Storia del Diritto Romano*, I, 224.

[12]) Cogliolo, *Eccez. di cosa giud.*, pag. 4.

[13]) Voigt, *Die* XII *Tafeln*, Leipzig 1883-85, I, 547 e seg.

permittit » e dalla l. 13 Cod. *de furtis* VI, 2 « *Post decisionem* (patto privato, transazione) *furti* LEGES *agi prohibent.* » Perciò il Voigt, unendo il divieto, formula così: Tab. I, 4: « *Bis de eadem re agere ne liceto* neve *post decisionem furti.* »

E noi aderendo pienamente all'opinione del Voigt, riteniamo che la regola *bis de eadem re agere ne liceat* che abbiamo veduta applicata principalmente alle cose criminali abbia trovato appunto la sua prima consacrazione nella *lex XII Tabularum* (IV secolo). La quale, per quel carattere misto, generico e comprensivo che aveva, dovette introdurre la norma per ogni giudizio così civile che criminale, come — quale che sia la *Lex* di cui Vittore parla — sono propensi a credere il Dernburg [14]) e il Rümelin [15]). Nè pare d'altronde che questa *Lex* abbia potuto essere altra che la *Lex duodecim Tabularum.* La *lex Antiqua* di cui parla il Cogliolo non è più che una ipotesi e questa senza pur quel fondamento che hanno le ipotesi del Krüger e del Voigt, giacchè i passi di Vittore, per se soli, non provano nè a favore dell'una nè a favore dell'altra opinione. Quanto alla *lex Petronia* di cui discorre il Pöschmann non pare che abbia gran che da fare con la regola del *bis de eadem re* e con la *res judicata,* perchè parla di tacita rinunzia alla azione fatta dall'accusatore. Fu invece proprio la legge delle XII Tavole ad introdurre la regola; e non sarebbe azzardata l'ipotesi che i *decemviri legibus scribundis* che — come si sa — furono mandati nelle città della Magna Grecia a studiarvi i costumi e le leggi abbiano appunto dalla legislazione di Solone che, come vedemmo, riconosceva l'au-

---

[14]) DERNBURG, *Kritische Zeitschrift,* II, 358.

[15]) RÜMELIN, *Zur Lehre von der Exceptio rei judicatae,* Tübingen 1875, pag. 15, nota 8.

torità della cosa giudicata ed in quelle città vigeva, attinto la vecchia massima del « *bis de eadem re agere ne liceat* » di cui parlano gli autori latini. Comunque sia di ciò, ed anche nell'ipotesi che la massima non fosse presa dalla Grecia, ma preesistesse già nella *consuetudine* dei Romani, essa fu, molto probabilmente, riconosciuta *per la prima volta* dalla legge delle XII Tavole.

11. Ma non bastava il divieto di agire *bis de eadem re*. Ci voleva anche un mezzo regolare processuale per prevalersene e questo fu, secondo il Cogliolo, nella procedura civile romana, la « *consumptio per litis contestationem* ». Siccome *actio* era la *legis actio* cioè il processo dinanzi al magistrato (*in iure*) ed il punto finale e fondamentale ne era la *litis contestatio* cioè la solenne invocazione dei testimoni perchè deponessero, all'occorrenza, dinanzi al giudice (*in judicio*) ciò che dinanzi al magistrato era avvenuto; così i giureconsulti antichi riferirono il *bis ne sit actio* alla *contestatio litis* e ne sorse il concetto che, pervenuti alla *litis contestatio* (cioè, finita la *legis actio*) l'azione fosse consumata (cioè non si potesse chiedere un'altra *legis actio de eadem re*). Una volta, quindi, la *res deducta in judicium*, l'azione ad essa relativa restava consumata (*actio consumitur*) mediante la *contestatio litis* anche se la *res* non fosse stata ancora *judicata* [16]).

Lo stesso dovette avvenire nella procedura criminale perchè anche in questa il momento finale e fondamentale era la *litis contestatio*, cioè la solenne invocazione dei testimoni.

E invero la chiamata dei testimoni non poteva avvenire se non quando il magistrato (pretore, dittatore, o tribuno) avesse dichiarato che l'accusa era ammissibile e

---

[16]) Cogliolo, *Eccez. di cosa giud.* pag. 8 e 6.

convocato, entro un dato termine, i comizii perchè giudicassero; appunto perchè era dinanzi a questi che i testimoni dovevano essere intesi [17]). Con la *litis contestatio*, quindi, cessava l'opera giudiziaria del pubblico magistrato e cominciava quella dei cittadini: l'accusa (*anquisito*), essendo ammessa, venivano determinati, in modo irrevocabile, il reato e la pena di cui dovevasi giudicare; ed al popolo altro potere non restava, se non quello di accogliere o di rigettare l'accusa; quello di rispondere o meno un *uti rogas* che permettesse o non di ritenere colpevole l'accusato e di applicargli la pena [18]). L'importanza della sentenza scompariva, dunque, dinanzi a quella della *litis contestatio* che era l'ultimo momento del procedimento innanzi al magistrato: bastava che il reato fosse stato *deductum* in *accusationem* e non importa se non ancora *judicatum* perchè l'accusa medesima si ritenesse *consunta* dalla avvenuta contestazione della lite e non si potesse più riproporla per avere un secondo *judicium*.

12. — Periodo delle « Quaestiones Perpetuae ». (Dalla caduta della repubblica alla caduta dell'impero romano). — Come si svolse durante il Periodo delle *Quaestiones perpetuae* che va dal 605, U. C. al cadere della repubblica [19]), l'autorità della cosa giudicata criminale? Anche qui, per rispondere alla domanda, occorre vedere quale evoluzione giuridica avesse frattanto compiuto nella materia civile la regola del « *bis de eadem re agere ne liceto* ». E infatti, quando le *quaestiones perpetuae* furono istituite (*Lex Calpurnia*, 605, U. C.) già gradatamente,

---

[17]) Livio, XXV, 3, VI, 20; Val. Max., lib. VIII, cap. I, § 10.

[18]) Sigonius, *De publicis iudiciis*, III, cap. X.

[19]) Sulla procedura criminale delle *quaestiones perpetuae*, vedi Zumpt, *Das Criminalprozess*, l. c.; Geib, *Geschichte der röm. Criminalprozess*, pag. 252 e seg.; Ihering, *Geist des römischen Rechts*, I, 45 e seg.

in materia civile, era andato assumendo importanza l' Editto del Pretore il quale, servendosi dello *ius edicendi* che aveva comune coi magistrati rivestiti d'imperio, rendeva note al popolo le norme che avrebbe seguito durante il corso della sua giudicatura; finchè non venne la legge *Ebuzia* (VI secolo) a creare la *procedura formulare* in sostituzione del primitivo sistema delle *legis actiones*. Al tempo delle *legis actiones* la consunzione processuale per *litis contestationem* si faceva valere *ipso iure* secondo credono il Cogliolo e lo Schwalbach [20]). Nel principio del periodo formulare rimase la *litis contestatio* come fonte della *consumptio:* però crescendo in numero e difficoltà i rapporti giuridici e l' *unus praetor* essendo sempre più aggravato di lavoro in certi casi — dice il Cogliolo — che presentavano maggiore difficoltà a stabilire se di *eadem re* si trattasse il pretore deferiva al giudice con *l' exceptio rei in judicium deductae* la questione se su ciò per cui si agiva era, oppur no, caduta la *contestatio litis*. *L' exceptio rei in judicium deductae* era dunque l' organo della consunzione prodotta dalla *litis contestatio* dalla quale, fosse o no intervenuta la sentenza, nasceva il divieto di ritentare [21]). Questo divieto facevasi perciò valere o *ipso iure*, dinanzi al magistrato, o *ope exceptionis* [22]) cioè con la *exceptio rei in judicium deductae* dinanzi al giudice. La quale ultima, quando fosse anche uscita la sentenza, appunto perchè la cosa era stata giudicata, dovette prendere il nome di *exceptio rei judicatae* [23]). Così sorse nell' Editto del Pretore *l' exceptio rei judicatae* e sorse come

[20]) Cogliolo, *Ecc. di cosa giud.*, pag. 25-27 e 47; Schwalbach nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, VII, 131 e seg.

[21]) Cogliolo, *Eccez. di cosa giud.*, pag. 47 e 48.

[22]) Schwalbach, *op. cit.*, l. c.

[23]) Cogliolo, *op. cit.*, l. c.

un diverso momento della *exceptio rei in judicium deductae*, ma come un ad esso identico ed omogeneo concetto [24]). E infatti, fra le più importanti *formule* del diritto pretorio troviamo questa « *Si ea res q. d. a. judicata vel in judicium deducta non est inter* $N^m N^m$ *e* $A^m A^m$ [25]) ».

La stessa evoluzione che, nella materia civile, si compì per opera del pretore dovette compiersi, nella materia criminale, per opera del *quaesitor* che era poi lo stesso pretore. Nella procedura criminale delle *quaestiones perpetuae* rimase la divisione fra l'*in iure* dinanzi al questore e l'*in judicium* dinanzi alla *quaestio* o corte criminale composta dei *judices jurati* delegati dal popolo; rimase la *contestatio litis*, non più come invocazione di testimoni, ma come momento di costituzione del giudizio dai termini del quale, quali erano tracciati nell'atto di accusa (*nominis delatio*) non era più possibile al giudice di decampare [26]); rimase, quindi, la consunzione processuale *per litis con-*

[24]) LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883, pag. 403.

[25]) Cfr. KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*, Leipzig 1883, pag. 361, nota 844; LENEL, *Das Edictuum perpetuum*, Leipzig 1883, § 275, pag. 404; BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, V.ª Ed., pag. 213. Diversamente ricostruisce la formula lo EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Freiburg 1889, n.° III, pag. 113 e seg. e nell' *Archiv für die civilistiche Praxis*, LXXVII, 412 e seg.

[26]) SIGONIUS, *De publicis iudiciis*, cap. X. Secondo quanto dice questo autore la *nominis delatio* nominava l'accusato e il reato che gli si imputava e poneva le questioni del processo. L'accusa, contestata che fosse, tracciava la via che il processo doveva percorrere e da essa era *vietato di deviare*. Se anche il corso del giudizio imprimeva al reato qualche grave modificazione; se si trovava che l'accusato fosse colpevole di tutt'altro reato di quello che formava oggetto dell'accusa questa doveva rigettarsi e non si poteva procedere per quel reato che era stato posto in accusa. Ma nemmeno potevasi giudicare al di là dei limiti di questa. Cfr. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelles 1863, vol. I, 18, n. 62.

testationem e si fece valere o dinanzi al magistrato (*ipso iure*) come ragione di non ricevere l' accusa [27]), o dinanzi alla *quaestio* con una *exceptio* la quale secondo che il *crimen* era stato soltanto *in accusationem deductum* o anche *judicatum* prese il nome di *exceptio rei in judicium deductae* o di *exceptio rei judicatae.*

13. — Questo simultaneo e parallelo svilupparsi dell'*exceptio rei judicatae* nella procedura civile e criminale non deve far meraviglia. Quelle stesse ragioni che in materia civile avevano condotto il pretore a stabilire una *exceptio* che le facesse valere [28]) non dovettero esse presentarsi, e più forti, anche in materia criminale a consigliargli di tutelare con essa i più gravi interessi che a questa materia sono naturalmente legati? Tanto meno ciò può far meraviglia a Roma dove non esisteva, almeno all'epoca in questione, una linea ben netta di demarcazione giuridica fra il diritto criminale e il diritto civile, fra le istituzioni penali e le civili, fra le azioni pubbliche e le azioni private [29]). E pare lo avvisassero anche i giureconsulti stessi romani perchè Ulpiano nel lib. I, del suo Commento all' Editto [30]) dice che in materia criminale (di azioni popolari) si applica l'*exceptio* VULGARIS *rei judicatae;* e quà « *vulgaris* » non è sinonimo di *popularis*, ma significa *solita, consueta* [31]). Dunque; non v' erano due distinte eccezioni l' una pel diritto civile e l' altra pel diritto criminale, ma ve n' era una sola: l' *exceptio vulgaris*

---

[27]) SIGONIUS, *op. cit.*, cap. VI.

[28]) PAOLO, *libro septuagesimo ad Edictum*, fr. 6, *De exceptione rei judicatae*, XLIV, 2.

[29]) Cfr. IHERING, *Geist des römischen Rechts*, I, 119 e seg.

[30]) Fr. 3, *De popularibus actionibus*, XLVII, 23.

[31]) Cfr. SCIALOJA, *L' exceptio rei judicatae nelle azioni popolari* nell' *Archivio giuridico*, XXXI, 213 segg. e *Ancora sul significato di vulgaris exceptio* nell' *Archivio giuridico* XXXI, 495 segg.

rei judicatae; e questa cominciò a sorgere in civile per opera del pretore, in criminale per opera del questore; quà e là come un diverso momento dell'*exceptio rei in judicium deductae* e come mezzo di far valere l'originaria *consumptio* della azione « *per litis contestationem* », a sua volta nient'altro che una derivazione della regola antica del « *bis de eadem re agere ne liceto* ». E allora si capisce facilmente come, dopo più di tre secoli (pr. del IV, metà del VII) sembrasse a Cicerone questa regola un *vetus proverbium* di cui si era perduta sin la memoria: appunto perchè, nel VII secolo, di altro non si parlava se non di *exceptio rei in jud. ded.* e di *exceptio rei judicatae.* E che questa *exceptio*, sotto la seconda forma, al tempo di Cicerone, avesse vigore nei giudizi criminali, è certo. Nelle opere stesse di Cicerone troviamo menzione dell'autorità della *res judicata* criminale. Nel discorso *pro P. Silla* [32]), accusato di aver voluto attentare con una legge alla validità di una sentenza resa in un giudizio criminale, Cicerone, dopo aver solennemente proclamato che: « *status reipublicae maxime rebus judicatis continetur* » cerca di provare che la legge proposta « *nihil de judicio ferebat et sententiam judicum non corrigebat* ». E in una delle *Verrine* [33]) noi vediamo il principe degli oratori latini violentemente accusare Verre di aver giudicato *de re judicata.* Altri passi citeremo in là, più a proposito. Ma intanto risulta certo che la cosa giudicata in materia criminale era riconosciuta come un principio indiscutibile ai tempi in cui viveva Cicerone (2.ª metà del VII secolo) e si faceva valere mediante un'*exceptio* non dissimile da quella moderna. Erra però il Laurens [34])

---

[32]) Cicerone, *Pro Sylla*, XII.

[33]) Cicerone, *In Verrem*, III, 32.

[34]) Laurens, *op. cit.*, pag. 35 e 36.

nel credere che l'autorità della cosa giudicata fu *per la prima volta* riconosciuta durante il corso del VII secolo. No: il principio, sia pur sotto la forma primitiva e comprensiva del « *bis de eadem re agere ne liceat* » esisteva — l'abbiam visto — fin dal principio del IV secolo cioè dall'anno 303 U. C. in cui furono create le XII Tavole. Ciò che di nuovo vi fu ai tempi di Cicerone fu la forma giuridica processuale introdotta dal pretore in applicazione dell'antico principio. Ma il principio giuridico, no; esso preesisteva.

14. — Periodo delle Cognitiones Extraordinariae. (Dalla caduta della repubblica alla caduta dell'impero occidentale). — Una ulteriore evoluzione compie nella procedura criminale romana l'autorità della cosa giudicata durante il periodo che va dalla caduta della repubblica alla caduta dell'impero romano [35]); e questa evoluzione corre pure parallela a quella che si compieva nel campo della procedura civile. Al principio del periodo formulare *l' exceptio rei judicatae* non era che un diverso nome che prendeva *l'exceptio rei in jud. ded.*, ma il suo fondamento era sempre la *litis contestatio* e non la sentenza « Di questo sistema — riassume il Cogliolo [36]) — si sentirono presto gli inconvenienti e specialmente quando si fosse arrivati alla *litis contestatio* e poi per molto tempo si fosse interrotto il giudizio; in modo che, più di continuarlo, sarebbe stato utile intentarne un altro. Per ciò la *lex Julia Judiciaria* prescrisse che una lite durasse solo 18 mesi dopo i quali la lite periva, ma con la lite non periva il diritto, chè ciò sarebbe una iniquità insopportabile; quindi la *litis contestatio* non consuma più perchè dopo i 18 mesi potevasi ritentare

[35]) Sulla procedura criminale di questo periodo vedi Geib, *Criminalprozess*, pag. 393 e seg.

[36]) Cogliolo, *Eccez. di cosa giud.*, pag. 48.

l'azione. Il momento che veramente consumava era la sentenza; *l'exceptio rei judicatae* divenne di uso generale, si formò come *exceptio a se* fondata non più su la *lit. cont.* ma sulla sentenza, sulla *res judicata*. Se si ritentava dopo la sentenza vi era *l'exceptio rei judicatae......;* se si ritentava dopo la *litis contestatio*, ma entro i 18 mesi, allora si era respinti dall'*exc. rei in jud. deductae* che non era più eccezione *perentoria* e *consuntiva*, ma *dilatoria*, proprio come una eccezione di litispendenza ».

Lo stesso sdoppiamento e la stessa scissione della *exceptio rei judicatae* dalla *exc. rei in jud. ded.* dovette verificarsi nel campo della procedura criminale con lo stabilirsi delle *cognitiones extraordinariae*. E infatti la procedura *extra ordinem* dinanzi ai nuovi tribunali imperiali non conosceva stadi di processo; la stessa autorità cui si deferiva l'accusa, pronunciava la sentenza. Conseguentemente perdette importanza la *contestatio litis:* la perdette come solenne invocazione de' testimoni, dacchè tutta la procedura divenne scritta e segreta: la perdette come momento finale e riassuntivo del procedimento *in iure*, dacchè questo più non esisteva. Rimase essa tuttavia, dapprima, come momento ideale che fissava la costituzione del giudizio, *l'in judicium deducere;* ma anche questo resto di importanza andò col tempo perduto perchè in una costituzione di Diocleziano (l. 9 Cod. *de acc.* IX, 2) troviamo data facoltà al giudice di statuire con una sola sentenza anche su reati non dedotti in accusa. Necessaria conseguenza fu questa: che la *res judicata* acquistò essa tutta l'importanza che la *contestatio litis* perdeva onde il *bis de eadem re agere non licet* non si riferì più tanto alla *res in judicium deducta*, quanto alla *res judicata* essa stessa.

L'*exceptio rei judicatae* si staccò, dunque, dall'*exceptio rei in judicium deductae* ed acquistò tanto valore quanto questa, pure ancora sussistendo, ne perdette; onde,

nelle fonti, pur riscontrandosi, e nettissima, la distinzione fra le due *exceptiones*, si trovano dell' una assai più numerosi esempi che dell' altra. Così, dell' *exc. rei jud.* parlano:

Ulp., lib. I, *Ad Edictum*, l. 3, pr., Dig., *De popul. act.*, XLVII, 23; § 1 e 2 *Sententiae Pauli*, I, VI[B]; Ulp., lib. 7, *de officio proconsulis*, l. 7, § 2, *De accus. et inscript.*, XLVIII, 2; l. 6 Dig. *De excep. rei jud.*, XLIV, 2; l. 3, § 1, *De praevaricat.*, XLVIII, 15.

E dell' *exceptio rei in jud. ded.*, soltanto:

l. 9 Cod., *accusat. et inscript.*, IX, 2.

15. — Ma quando si operò questa scissione? Quando è che la *exceptio rei judicatae* venne a prendere una forma a se, distinta dall' eccezione di litispendenza? Io porto opinione che ciò sia avvenuto contemporaneamente nella procedura civile e criminale. E infatti la *Lex julia judiciaria* che bandì la prescrizione del processo civile e di cui ci parla Gaio (*Ist.*, IV, 104) altro non è se non la *lex Julia Judiciorum privatorum* di Cesare Augusto (726/28-745/9)[37]). Ma contemporaneamente (726/28-745/9) fu promulgata dallo stesso Augusto una legge che andava anch' essa sotto il nome di *Lex julia judiciaria:* la legge *Julia Judiciorum publicorum*[38]). Non è verosimile che essa abbia operato

---

[37]) Su questa legge vedi Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, Lipsia, 1859, I, 95; Bethmann-Hollwegg, *Der römische Civilprozess*, Bonn 1865, II, 59; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1885, I, 619.

[38]) Su questa legge vedi Haenel, *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Justinianum latarum quae extra constitutionum codices supersunt*, Lipsiae 1860, pag. 3; Laboulaye, *Essai sur les lois criminelles des Romains*, Paris 1845, pag. 310 e seg.; Gaddi, *Cronologia delle leggi comiziali romane*, Torino 1887, pag. 630 e 631 nel *Manuale delle Fonti di Diritto Romano* del Cogliolo; Padelletti-Cogliolo, *Storia del Diritto Romano*, 2.ª Ed., Firenze 1886, pag. 448.

nel processo criminale, nello stesso o altro modo, la medesima trasformazione che operò nel processo civile? A me pare di si; principalmente perchè nel Digesto si trova una legge, la l. 3, § 1 *de praevaricatione*, XLVII, 15, la quale accenna chiaramente all'*exceptio rei judicatae* e contemporaneamente afferma il divieto di ritentare l'azione *dopo la sentenza* come sancito appunto dallà nominata *Lex Julia Publicorum*.

Macer, lib. I, *Publicorum judiciorum*, l. 3, § 1 Dig. *De praev.*, XLVIII, 15.

« *Si reus accusatori publico judicio ideo praescribat quod dicat se eodem crimine ab alio accusatum et* ABSOLUTUM *cavetur* LEGE JULIA PUBLICORUM *ut non prius accusetur quam de prioris accusatoris praevaricatione constiterit et pronunciatum erit* ».

Secondo a noi pare, fu dunque la *lex Julia publicorum* di Augusto quella che diede in modo esclusivo alla *res judicata* la virtù consuntiva della azione che era annessa prima anche alla *contestatio* e che stabili una *exceptio rei judicatae* come forma distinta dalla *exceptio rei in judicium deductae*. Ma non si deve tuttavia pensare — come pensa il Laboulaye [39]) — che prima di questa legge si potesse sempre ritentare l'accusa per uno stesso fatto, nonostante una anteriore sentenza. Anche prima di questa legge e anche nel caso che la sentenza fosse intervenuta, il divieto di agire *bis de eadem re* sorgeva dalla *litis contestatio* ed organo della consunzione processuale da essa prodotta era l'*exceptio rei in judicium deductae*. Ciò che la legge *Julia* fece, se pur fece, altro non fu se non staccare l'*exceptio rei judicatae* dalla *exc. rei in jud. deductae* e farne una *exceptio* a parte non già dilatoria,

[39]) LABOULAYE, *Essai sur les lois criminelles des Romains*, Paris 1845, pag. 312.

ma consuntiva e non più fondata sulla *litis contestatio*, ma sulla sentenza.

§ 2. — *Concetto e fondamento della* exceptio rei judicatae *nella procedura criminale romana.*

16. — La definizione della *res judicata* del giureconsulto Modestino, e il concetto romano dell' *auctoritas rerum judicatarum*. Questa autorità valeva così pei giudicati di condanna che per quelli di assoluzione. — Il compimento della pena come modo di estinzione dell' *actio judicati* in caso di condanna. — **17.** A quali azioni penali si estendesse la consumazione processuale per mezzo della sentenza. — **18.** Il fondamento sociale - politico della autorità della cosa giudicata nelle orazioni di Cicerone e nella l. 6 Dig., XLIV, 2. — Il fondamento giuridico e la massima: “ *res judicata pro veritate habetur* „; quale fosse il vero senso di questa massima. — **19.** L' *exceptio rei judicatae* come mezzo di far valere nel secondo giudizio la *consumptio actionis*. Da chi, contro chi, e quando si potesse opporre. La sanzione, in caso di ingiusto rigetto e di giudizio “ *bis de eadem re* „.

16. — Il concetto che i Romani avevano della *res judicata* si desume agevolmente da una tradizionale definizione di Modestino che per il suo carattere generico deve ritenersi scritta così pei giudizi civili che criminali.

Modestinus, *libro septimo Pandectarum*, l. 1, Dig. *de re judicata*, XLII, 1.

« *Res judicata dicitur quae finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit.* »

Altrove esamineremo, sotto il punto di vista critico e dogmatico, questa, ancor fresca, definizione romana per vedere se e quanto essa si dimostri esatta di fronte ai moderni principî del diritto giudiziario penale. La nostra ricerca è ora tutta di indole storica, e, sotto tal punto di vista, possiamo affermare fin d' ora che i Romani avevano della cosa giudicata un ben chiaro concetto perchè per essi vi era cosa giudicata ogni qualvolta si fosse *definitivamente* statuito sopra una accusa. Ma quale era la forza

giuridica processuale della cosa giudicata? Ce lo ha detto la ricerca del modo con cui sorse l'istituto. La cosa giudicata aveva per effetto di impedire il « *bis de eadem re* » cioè di impedire che un' *actio* su cui fosse intervenuto un *judicium* potesse ritentarsi una seconda volta e formar tema di un secondo *judicium*. Aveva, insomma, forza *consuntiva* dell'azione penale; talchè un individuo accusato una volta e giudicato non poteva essere accusato nuovamente e nuovamente giudicato [1]). Che il giudicato fosse una assoluzione; ch' esso fosse una condanna, poco importava, dappoichè per l'uno e per l'altro caso l'effetto era sempre quello; cioè: il *non bis in idem*. Mirandosi a punire un fatto nel pubblico interesse, lo scopo era raggiunto e l'interesse pubblico sodisfatto col raggiungimento della sentenza la cui pronunzia conteneva l'applicazione o meno della penalità. Tuttavia una differenza vi era fra giudicati di condanna e giudicati di assoluzione, ma non relativa alla loro autorità. Tanto l'uno che l'altro estinguevano l'azione e perciò ne impedivano il ritentamento; ma il giudicato di condanna dava inoltre luogo ad una nuova azione, cioè, l'*actio judicati* per la quale si otteneva l'esecuzione della condanna e che allora soltanto si estingueva quando il delinquente avesse scontata la pena [2]). *Temporaria coer-*

---

[1]) Vedi su ciò MITTERMAYER, *Das deutsche Strafverfahren*, Heidelberg 1846, II, 614 e seg.

[2]) Gli scrittori di diritto romano sogliono dire a questo proposito che l'esecuzione della sentenza ed il compimento della pena estinguono il reato (Cfr. REIN, *Das Criminalrecht der Römer*, Leipzig 1844, pag. 263; FERRINI, *Diritto penale romano* nel *Completo Trattato teorico pratico di diritto penale del* COGLIOLO, Milano 1888, I, 118; LANDUCCI, *Storia del Diritto Romano*, vol. I, parte III, Padova, 1898, 2ª. Ed., § 402, pag. 820). A me questa affermazione non pare esatta per più ragioni: la prima, che non è esatto parlare di estinzione del reato (il quale come fatto concreto ed indistruttibile non ammette

citio — dice Papiniano — *quae descendit ex sententia poenae est abolitio*[3]). E così pure altrove si parla di condanna eseguita e di pena scontata.

l. 17, § 6, *Dig. De injuris*, XLVII, 10. « *Si ante judicem dominus verberandum servum exhibuerit ut satis verberibus ei fieret et erit factum arbitratu alicuius, postea actor agere injuriarum perseverat; non est audiendus qui enim accepit satisfactionem injuriam suam remisit. Nam et si nuda voluntate injuriam remisit indubitate dicendum est extingui injuriarum actionem non minus quam si tempore abolita fuerit injuria*[4]) ».

17. — Nella virtù estintiva dell' azione penale stava dunque, anche pei Romani, l'*auctoritas rerum judicatarum:* denominazione però che — conviene notarlo — non si trova che raramente nelle fonti[5]). Ma qui occorre domandarsi quali, nella procedura criminale romana fossero le *actiones* (perchè si sa che erano più d' una) di cui la *res judicata* operava la consunzione. Nel periodo delle origini, non essendo reati se non i fatti che attentavano alla sicurezza dello Stato (*perduelliones*) solo per questi il processo si iniziava mediante una accusa criminale dinanzi al magistrato. Gli altri fatti diretti contro la vita e i beni delle persone davano luogo ad una azione privata

idea di estinzione) sibbene di estinzione della *azione*. La seconda che ciò che estingue lo *ius persequendi in iudicium* non è l' esecuzione della sentenza ma la sentenza medesima; e quanto alla esecuzione essa estingue il diritto di far eseguire il giudicato (*actio judicati*) ma non la pena e tanto meno il reato.

3) Fr. 33, *De poenis*, XLVIII, 19.

4) Vedi pure C. 23, *De poenis*, IX, 47; fr. 7, § 1, *De iure patronatus*, XXXVII, 14, e Landucci, *op. cit.*, pag. 828, nota 2. — La pena poteva però essere scontata anche *per equipollens* ed estinguere ugualmente il diritto di esecuzione, cfr. la citata Costituzione 23 di Onorio e Teodosio e Ferrini, *op. cit.*, l. c.

5) Cfr. fr. 65, § 2, *Ad SC. Trebellianum*, XXXVI, 1.

per ottenere il risarcimento del danno da essi cagionato; e questa era l'*actio* (legis) *sacramenti* che serviva tanto in materia civile che in materia criminale. E quando, nelle XII Tavole, si diceva: « *bis de eadem re agere ne liceto* » o « *ne sit actio* », si intendeva con *res* il rapporto giuridico portato a giudizio e con *actio* la *legis actio* cioè il processo [6]). — Istituite le *quaestiones perpetuae* (605. U. C.) ogni cittadino ebbe il diritto d'accusa pei *crimina publica* (e, pei *delicta privata*, l'offeso); e queste furono le *accusationes* o le azioni penali per eccellenza. Accanto a queste venne poi a formarsi un'altra categoria di azioni aventi per oggetto la repressione di reati di poca importanza come contravvenzioni di polizia e disobbedienze agli ordini dei magistrati; e queste vennero dette *actiones populares*. L'*actio popularis*, per sua natura, aveva stretta analogia con *l'accusatio publica* perchè « *eam popularem actionem dicimus quae suum jus populi tuetur* [7]) »; era naturale, quindi, che tanto alle *accusationes* ed ai *judicia publica* quanto alle *actiones populares* e ai *judicia popularia* si estendessero gli effetti della *res judicata*. E questa parificazione giuridica, per quanto riguarda l'autorità della cosa giudicata criminale, risulta da varî testi. Anzitutto la citata l. 3, *De popularibus action.* XLVII, 23 in cui si riconosce la facoltà di opporre nel nuovo giudizio popolare intentato dopo la sentenza « *l'exceptio vulgaris rei judicatae* »; *solita* perchè applicabile a tutti i giudizî così privati che pubblici. Ma risulta anche da altri testi come la l. 3 § 13 *Dig. de hom. lib. exib.* XLIII, 29, la l. 30 § 3, *Dig. de jureiurando* XII, 2; la l. 45 § 1 *De proc.* III, 3. — Nel periodo delle *cognitiones extraordinariae* di fronte ai *crimina publica* e accanto ai *delicta privata* del pe-

---

[6]) Cfr. COGLIOLO, *Eccez. di cosa giud.*, pag. 5 e nota 4.

[7]) l. 1 Dig. *De popularibus actionibus*, XLVII, 23.

riodo precedente sorsero i *crimina extraordinaria* i quali si distinguevano dai pubblici perchè in essi il diritto d'accusa era, come nei privati, concesso solo alla parte lesa; rimase tuttavia *l'actio popularis*. Di tutte queste azioni la *res judicata* segnò il momento di consunzione processuale.

18. — Detto quale fosse il concetto romano della cosa giudicata e della sua autorità e su quali azioni penali essa spiegasse i suoi effetti, rimane che si dica del fondamento di questa autorità, quale lo concepirono i giureconsulti romani. Che i Romani sentissero tutta la necessità sociale che forma la radice della così detta autorità di cosa giudicata, è certo. Nel citato discorso *Pro Sylla*, 22, *Cicerone* affermava solennemente che « *status reipublicae maxime judicatis rebus continetur* » e altrove (*Orat. in Verrem*, II, lib. V, c. 6)[8]), quasi a ribadire questo concetto, spiegava « *Perditae civitates desperatis omnibus rebus, hos solent habere exitus exitiales ut damnati in integrum restituantur, vincti solvantur, exules reducantur, res judicatae rescindantur. Quae, cum accidunt, nemo est quin intelligat, ruere illam rempublicam. Haec ubi eveniunt nemo est qui ullam spem salutis reliquam esse arbitretur* ». Ed è poi rimasta celebre la pur citata legge 6 Dig. XLIV, 2 che dice, e par che dica per tutti i giudizî pubblici e privati: « *Singulis controversiis, singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxima si diversa pronuntiarentur* ».

I Romani, dunque, compresero quale fosse la necessità sociale o, se meglio voglia dirsi, sociale-politica della autorità della *res judicata*, e la espressero altrove in quel

---

[8]) Vedi pure Cicerone, *Orat. de lege agraria*, or. 2.ª, cap. 4.° e *Orat. pro Cluentio*, cap. 20 in fine.

principio che par quasi un comando: *rebus judicatis standum est* [9]). Ma risulta egli che capissero la giustificazione giuridica della autorità della cosa giudicata? Evidentemente, sì: Ulpiano nel lib. I *Ad leg. Iuliam et Papiam* scrisse un principio che doveva resistere ai secoli e andar nei secoli ripetuto. «*Res judicata pro veritate accipitur*» [10]); e questo principio, come si desume dalla sede in cui dimora (*De diversis regulis iuris*) dovette esser vero in tutti i giudizi così privati che pubblici. Pare anzi che esso dovesse valere pei pubblici più che per i privati perchè di esso non troviamo menzione se non a proposito di controversie concernenti il diritto pubblico (e come tali, in certo modo, anche le *questioni di stato*) [11]); mai a proposito di questioni patrimoniali e di esclusivo interesse privato. E questo che io ho chiamato principio, più e meglio che principio si direbbe la constatazione di un fatto. Nei tempi della repubblica ed anche nei primi dell'impero le guarentigie accusatorie di cui andavano rivestite le *quaestiones perpetuae* dovettero far sì che assai raramente l'errore si insinuasse nelle sentenze dei giudici onde, da una parte, la *res judicata* dovette per regola identificarsi nella verità, e dall'altra, per il carattere pubblico, orale e contradittorio che aveva il processo, rappresentarsi come tale nella mente e nella coscienza dei cittadini. « *Res judicata pro veritate accipitur* » non è una regola, una norma obbligatoria legislativa, o l'enunciazione di un principio; e nemmeno una presunzione di legge e neanche il simbolo di una pratica necessità: esso è l'espressione, non di ciò che doveva essere, ma di ciò che realmente ed effettiva-

---

[9]) Fr. 12, § 3, *De bonis liberatorum*, XXXVIII, 2.

[10]) Fr. 207, *De diversis regulis iuris*, L, 17.

[11]) Vedi Coviello, *Dei giudicati di Stato*, nell'*Archivio Giuridico*, XLVII, 33.

mente era; se non fosse stato così i Romani non avrebbero detto *accipitur*, ma *accipiatur* o in altro simile modo. Ma essi vollero dire questo soltanto: che cioè la *res judicata* si aveva da tutti come la verità. E da ciò facilmente si desume quanto inesatto sia il concetto del Laurens [12]) che « l'autorité de la chose jugée fut dans la legislation romaine considerée surtout comme une simple règle de procédure ». No. Poichè i giureconsulti romani ci dicono che la *res judicata* era ritenuta come la verità, vuol dire che ad essi non dovette sfuggire quale fosse il presidio che la sua autorità porgeva ai diritti della innocenza e della libertà civile.

19. — Ma quale era il mezzo processuale per cui si poteva nel posteriore giudizio pubblico invocare, a fine di impedirlo, l'autorità della cosa giudicata nel giudizio antecedente? Era, come sappiamo, *l'exceptio rei judicatae* la quale nei giudizì criminali spettava al reo, assoluto o condannato, di fronte all'accusatore, come nei giudizì privati al convenuto di fronte all'attore.

Le fonti ci parlano spesso di questa *exceptio* o, come di solito vi si trova detto, di questa *praescriptio:* così nei citati passi di Quintiliano (Decl. 266) e di Vittore (c. 3, § 10) e nella pur citata legge 3, § 1 *De praev.* XLVII, 15; ed essa aveva carattere di eccezione *perentoria,* come anche allora si diceva, nel senso che annientava l'accusa prima ancora che potesse essere oggetto di *judicium.* Ma non credo, tuttavia, col Laurens che tale eccezione potesse invocarsi « dès que l'accusation formulée d'une façon nette avait pris définitivement un corps, dès que la *nominis delatio* était intervenue » [13]). L'*exceptio* o *praescriptio rei judicatae* prendeva la sua forza dalla sen-

---

12) Laurens, *Op. cit.*, pag. 33.

13) Laurens, *Op. cit.*, pag. 61.

tenza, condanna od assoluzione, — come ci accennano chiaramente tutti i testi che di essa ci parlano e come si rileva dallo stesso suo storico sviluppo — ; e non poteva invocarsi se non dopo che fosse intervenuta una *res judicata.* Per respingere la nuova accusa per un *crimen* già *in accusationem deductum* vi era invece, come dicemmo, *l'exc. rei in jud. ded.* eccezione, negli ultimi tempi, ben distinta da quella *rei judicatae.*

Quanto a questa si poteva far valere tanto dal *reus absolutus* contro l'accusatore che volesse di nuovo convincerlo e condannarlo (Vittore c. 3, § 10); quanto dall'accusatore contro il *reus damnatus* che chiedesse un secondo giudizio d'assoluzione (*Quint. Decl.* 266); e, se accolta dal magistrato, aveva per effetto di far respingere l'accusa e impediva si continuasse il processo; se respinta, aveva per effetto di far ammettere l'accusa mediante la *receptio nominis inter reos* e *l'inscriptio in crimen.* Pare che durante il periodo delle *quaestiones perpetuae, l'exceptio rei judicatae* si potesse opporre tanto dinanzi al magistrato (*in iure*) quanto dinanzi ai *judices jurati* che componevano la *quaestio* (*in judicio*). Ma durante le *cognitiones extraordinariae?* Abbiam detto che la procedura *extra ordinem* dinanzi ai nuovi tribunali imperiali non conosceva stadî di processo; poteva *l'exceptio* opporsi in ogni momento o solo *in limine litis?* Le fonti non ci danno risposta. Quanto al magistrato, se egli respingeva *l'exceptio rei judicatae* affermando che non vi era cosa giudicata, mentre effettivamente vi era, la sua sentenza se non era stata soggetta a *provocatio*, era rescissa *ipso iure.*

l. 1. fr. *Dig. Quae sentent. sine appellatione rescinduntur* XLIX, 8. « *Illud meminerimus: Si quaeratur judicatum sit nec ne et huius quaestionis judex non esse judicatum pronuntiaverit, licet fuerit judicatum: rescinditur si provocatum non fuerit* ».

§ 3. *I Presupposti dell'* « exceptio rei judicatae » *nella procedura criminale romana.*

20. — Concetto — Distinzione: *a*) Presupposto formale — *b*) Presupposto materiale.

20. — Perchè *l' exceptio rei judicatae* potesse invocarsi e farsi valere a fine di respingere una seconda accusa era necessario, anche nella procedura criminale romana, concorressero certi presupposti o condizioni di applicazione e di esercizio della eccezione medesima. Anzitutto era necessario che vi fosse un *judicatum* cioè una *pronunciatio judicis* avente determinati requisiti e capace perciò di produrre *l' exceptio rei judicatae:* una sentenza che potesse *obtinere auctoritatem rei judicatae* (ll. 4 e 7 Cod. *de sent.* VII, 65). E questo era il presupposto di diritto formale. Ma non bastava. Ci voleva ancora che la *res* che aveva formato obbietto del *judicatum* fosse la stessa che veniva nuovamente *deducta apud judicem:* che vi fosse, fra la lite criminale giudicata e quella giudicanda, un tale rapporto di *identità* che una nuova decisione non sarebbe stata se non un' esatta riproduzione o una formale contradizione della prima: ciò che si indicava con le parole *idem* o *eadem res*. E questo era il presupposto di diritto materiale. Esaminiamoli distintamente ambedue.

N. 1. — Presupposto formale.

(*Decisioni che producono l'* « exceptio rei judicatae »).

21. — *A*) Decisione — Necessità della preesistenza di un *judicium* per l' applicabilità dell' *exceptio* — Casi di applicazione " *extra judicium* " del principio generale " *non bis in idem* " — Quale parte della decisione costituisse *res judicata* — **22.** *B*) Decisione criminale — Necessità che la decisione fosse resa *a)* da un magistrato avente giurisdizione legale e *b)* nell' esercizio di

questa giurisdizione — **23.** *C)* Decisione definitiva — Necessità di una decisione " *quae controversiis finem det.* „ Irrevocabilità del giudicato da parte del giudice che lo ha reso. *a)* Decisioni *condannatorie ed assolutorie. b) Interlocutiones:* distinzione 1) *preparatorie* 2) *interlocutoriae quae habent vim definitivae contentiae* 3) *Praejudicia* — **24.** *D)* " Iusta „ decisione — Necessità che la decisione fosse sostanzialmente giusta e formalmente legale — Legalità: *a)* giurisdizione, *b)* competenza — Importanza del requisito della " *iusta* „ *decisione.* Valore delle decisioni rese in base a collusione fraudolenta fra accusato e accusatore o accusato e giudice — **25.** *E)* Decisione irrevocabile — Necessità che la decisione fosse " *transita in rem judicatam* „ L' appello: non esisteva nel periodo regio e repubblicano: la *provocatio* non era un appello — Appelli e gerarchia giudiziaria sotto gli imperatori: come si effettuasse il passaggio in giudicato delle sentenze — Il *dies appellationis* — Contradizione, secondo il concetto romano, fra l' autorità della *res judicata* e l' istituto dell' *appellatio.* — **26.** Riassunto: il presupposto formale dell' *exceptio rei judicatae.*

21. — *A)* Decisione. — Come risulta dalla l. 1 Dig. *de re jud.* XLII, 1, a produrre la *res judicata* e la conseguente *exceptio* era necessaria anzitutto una *pronunciatio judicis*, un *judicium.* Fino a tanto che ad una *decisione* non si fosse arrivati non era il caso di parlare di *exceptio rei jud.* Tuttavia il principio del « *bis de eadem re ne sit actio* » da cui si era originata, mediante un processo di evoluzione e di differenziazione giuridica, *l' exceptio rei judicatae*, aveva conservato il suo vigore anche al di fuori del caso della *res judicata* e impediva, quando pure una decisione non fosse intervenuta, che una azione intentata potesse nuovamente intentarsi. Già abbiamo parlato dell' *exceptio rei in judicium deductae* con cui si eccepiva, nel processo criminale, la pendenza di causa, affermando che il *crimen* era stato già *deductum in accusationem.* Ma il *bis ne sit actio* si applicava anche in altri casi e cioè quando l' accusa non si fosse già esaurita *propter satisfactionem*, ma si fosse estinta per via, prima di arrivare ad una *pronunciatio.* Così era nel caso di *abolitio privata*, cioè di desistenza dall' azione per parte dell' accusatore, o di *abolitio ex lege*, estinzione in forza di un principio generale di legge, o di

abolitio publica cioè di amnistia [1]). Così pure nel caso di *pactio privata* (*decisio*) o transazione (*bis de eadem re agere re liceto.... post decisionem furti* Tab. I, 4; *transactio habet auctoritatem rei judicatae*) [2]); nel caso che « *libelli inscriptionum legitime concepti non sint* »; nel caso di concorso di più azioni pubbliche o di azioni pubbliche e private [3]). Infine occorre far menzione di un altro modo che impediva di agire « *bis de eadem re* » cioè la *confessio in iure* per la quale, anche nei giudizî criminali, valeva la massima: *confessus pro iudicato habetur* [4]). In tutti questi casi il *non bis in idem* si faceva valere mediante *exceptiones* che non mancavano di una certa affinità con *l' exceptio rei judicatae*, sebbene da essa differissero in ciò che le cause che loro davano origine non appartenevano al *judicium*, ma all' *extra-judicium*.

Ma pervenuti ad una decisione, qualunque fosse stato il modo di giungervi, sia pure quello agevole della con-

---

1) Sulla abolizione *privata*, sulla abolizione *legittima* o *legale* e sulla *abolitio publica* vedi Ferrini, *Diritto penale Romano*, pag 122; Nocito, *Abolizione dell' azione penale* nel *Digesto Italiano*, vol. I. Su quest' ultima vedi anche più a lungo il mio studio *Amnistia, Indulto e Grazia nel diritto penale romano*, nella *Rivista Penale*, XLIX, fasc. 1.°.

2) Sulla *pactio* nei delitti vedi Cogliolo, *Storia del Diritto Romano*, Firenze 1889, I, 212 e seg. e, sebbene fuori luogo, il Laurens, *Op. cit.*, *Appendice*, pagg. 69-72.

3) Nel caso che per uno stesso reato fossero più le azioni si cumulavano soltanto quelle che avevano scopo differente: delle altre ciascuna distruggeva le rimanenti. Cfr. Landucci, *Storia del Diritto Romano*, I, 3, 2.a ed., § 400. Del concorso di azioni per un solo delitto violatore di una sola legge, non ci occupiamo. Diverso è il caso di concorrenza materiale o formale di reati a cui dovremo accennare quando tratteremo dell' *idem crimen* come requisito dell' *exceptio rei judicatae*.

4) Vedi Livio, XXXIX, 17, fr. 1, *De Confessis*, XLII, 2; fr. 56, *De re judicata*, XCII, 1. E vedi pure Padelletti-Cogliolo, *Storia del Diritto Romano*, pag. 145 e 473.

fessione, essa rendeva come non esistente il precedente procedimento e da essa partiva la forza estintiva dell' azione penale. Ma qual parte della decisione costituiva la *res judicata?* Pare che la decisione non fosse dapprima che una risposta categorica, un *absolvo* vel *condemno* senza motivazione [5]); è, quindi, verosimile che per determinare il contenuto della *res judicata*, per stabilire *che cosa era stato giudicato*, occorresse guardare al contenuto dell' atto d' accusa, alla *nominis delatio* in cui era obbligatoriamente indicato il fatto e la sua qualificazione cioè il *crimen* di cui si trattava [6]). Più tardi, ai tempi del diritto classico e giustinianeo, sembra che alla pura formula « *absolvo* » vel « *condemno* » si accompagnassero le *rationes decidendi*. Ma crediamo con lo Stübel [7]) che nessun motivo nemmeno se causa immediata della sentenza, avesse autorità di *res judicata*. Se poi più delitti nascessero da uno stesso fatto, pare, almeno agli ultimi tempi dell' impero, che il giudice dovesse giudicare su tutti con una sola decisione. « *Iudex autem*, — dice la l. 9 *Cod. De accus. et inscript.* IX, 2, — *super utroque crimine audiens jam accomodabit. Nec enim licebit separatam de uno crimine proferre sententiam priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat* ». In tal caso l' autorità della cosa giudicata si estendeva a tutto ciò che aveva formato

---

[5]) Cfr. Bethmann-Hollwegg, *Römische Civilprozess*, II, 127; Rumelin, *Die exceptio rei judicatae*, pag. 39, nota 3; Cogliolo, *Cosa giudicata*, nell' *Enciclopedia Giuridica*, vol. III, parte IV, pag. 216.

[6]) L' accusatore aveva l' obbligo di determinare con esattezza e precisione la qualificazione del fatto imputato all' accusato al fine di delimitare l' orbita della discussione e della decisione e al fine che quest' ultimo, nella conoscenza dell' imputazione, potesse preparare la sua difesa.

[7]) Cfr. Stübel, *Das Criminalverfahren*, Leipzig 1810-12, § 32-34, Vedi pure Brinkmann, *Ueber richterliche Entscheidungsgründe*, Leipzig, senza data.

oggetto di discussione o di esame, valendo anche per la materia criminale gli aforismi: *tantum consumptum, quantum judicatum: tantum judicatum, quantum litigatum.*

22. — *B)* Decisione criminale. — Non bastava una decisione: bisognava inoltre che essa emanasse da magistrati aventi attribuzioni giudiziarie in materia criminale. Troppo lungo, e fuori di proposito, sarebbe il ricercare quali fossero i vari magistrati che possedevano giurisdizione criminale nei diversi periodi della procedura penale romana [8]). Certo, essi erano in gran numero, nè le loro attribuzioni e i loro poteri erano sempre rigorosamente determinati e delimitati onde dovette esser difficile stabilire, nei singoli casi, se un dato magistrato avesse o non giurisdizione criminale. Così Cicerone si sforza di dimostrare che una decisione dei *censori* non poteva costituire cosa giudicata in criminale. « *Numquam majores neque perinde ut rem judicatam observarunt* » [9]). E come spesso gli stessi magistrati che esercitavano funzioni giudiziarie, criminali o civili, esercitavano anche funzioni non giudiziarie, così vi era anche luogo a domandarsi se una determinata decisione, pur provenendo da un magistrato avente giurisdizione criminale, fosse stata emanata nell' esercizio di

[8]) Sulla giurisdizione criminale, nel periodo che va dalle origini alle XII Tavole, vedi tutto il recente bellissimo lavoro del Di Marzo, *Storia della procedura criminale romana*, Palermo 1898, di pag. 162 e la ricca bibliografia *ivi* citata ai piedi di ogni capitolo. Sulla giurisdizione criminale nel periodo delle *quaestiones perpetuae* vedi Geib, *Criminalprozesses*, pag. 169 e seg.; Rosadi, *Sistema del processo penale romano*, nell'*Archivio Giuridico*, XXXVI, 292-306; Rosmini, *Le quaestiones perpetuae nella storia del diritto penale e giudiziario romano*, nell' *Archivio Giuridico*, LIV e LV e il recente studio del Louvet, *Les jurisdictions criminelles à Rome sous la République*, Paris 1898. Su quella delle *cognitiones extraordinariae* vedi Geib, *Criminalprozess*, pag. 412 e seg.

[9]) Cicerone, *Pro Clar.*, 42.

questa o nell' esercizio di attribuzioni assolutamente diverse. Così lo stesso Cicerone si fa la questione se una determinata decisione del *Senato* costituisse o meno una decisione giudiziaria in materia criminale [19]). Occorreva dunque, ai fini dell'*exceptio rei judicatae* che la decisione: *a)* fosse resa da un magistrato avente giurisdizione criminale e *b)* nell' esercizio di questa giurisdizione.

23. — *C)* Decisione definitiva. — Perchè potesse produrre l'*exceptio rei judicatae* la decisione doveva essere inoltre *definitiva:* doveva *controversiis finem dare;* risolvere la controversia giudiziale: ciò che avveniva, secondo la l. 1 Dig. *de re jud.* XLII, 1 mediante la *condemnatio* o l'*absolutio.* Tale decisione, una volta resa, non poteva più essere revocata e corretta dallo stesso giudice. « *Iudex* — dice la l. 55 Dig. *de re jud.* XLII, 1 — *postea quam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit, et hoc jure utimur ut judex qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bono officio functus est* ». Ciò risulta anche da altri testi: l. 62 *Dig.* h. t. « *Cum quaerebatur judex si perperam judicasset an posset eodem die iterum judicare? Respondit, non posse* ». E più esplicitamente Paolo lib. I *sententiarum* l. 45, § 41 *Dig.* h. t. diceva « *De amplianda vel minuenda poena damnatorum post sententiam dictam sine principali auctoritate* (cioè senza l'*indulgentia principis*) *nihil est statuendum* ». Non si faceva poi distinzione fra decisioni *condannatorie* ed *assolutorie.* Quanto alle *condannatorie* che avessero autorità di cosa giudicata risulta chiaramente dalle l. l. 85 e 45, § 1 citate in cui si parla di *condemnatio* e di *damnati;* e anche dalle ll. 27 Dig. *de poenis* XLVIII, 19 e 15 Cod. *De poenis* IX, 47.

---

[19]) Cicerone, *Pro Clar.*, 49.

L. 27 Dig. *de poenis* XLVIII, 19 « *Divi Patres Arruntio Siloni rescripserunt non solere praesides provinciarum ea quae pronuntiaverunt ipsos rescindere; Vetinae quoque Italicensi rescripserunt suam mutare sententiam neminem posse: idque insolitum esse fieri.*

L. 15 *Cod. de poenis* IX, 47 « *poenam sua dictam sententia praesidi provinciae revocare non licet* » [11]).

Tanto meno il dubbio è possibile per le assolutorie, perchè quasi tutte le leggi che impongono il divieto del *bis in idem* contemplano casi di assoluzione [12]).

Quid delle decisioni interlocutorie? Potevano esse produrre l'*exceptio rei judicatae?* Noi crediamo si debba distinguere [13]). Vi erano delle *interlocutiones* le quali non

---

[11]) Vedi pure fr. 3, § 13, *De hom. lib. exibendis,* XLIII, 29. Che le condannatorie avessero autorità di cosa giudicata si contestò tuttavia in base ai testi romani, dal PÜTTMANN, *Elementa juris criminalis,* § 975 e dal BOEHMER, *Exercitationes ad Pandectas,* vol. II, Ex. LXXXVII, *ad lib.* XLII, *Pand.*, tit. 1, § XL, *Contra* QUISTORPIUM, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts,* Rostock 1770, Th. II, §§ 766 e 775; GERICKE, *Commentatio de re judicata sententiarum criminalium,* Gottingae 1803, § 13.

[12]) §§ 1 e 2, *Sententia Pauli,* I, VI^b, fr. 7, § 2, *De accusat. et inscript.*, XLVIII, 2; fr. 2 § 1, *De praev.*, XLVIII, 15. Non credette che le sentenze assolutorie producessero cosa giudicata, neanche secondo le leggi romane, lo STÜBEL, *Progr. de opinioni vulgari sententias absolutorias in rem judicatam transire e jurisprudentia criminali eliminanda,* Vittemb. 1798, pag. 6. *Contra* però COVARRUVIAS, *Variarum resolutiones,* L. II, c. 10; CARPZOVIO, *Practica rerum criminalium,* Q. 104, n. 58; FARINACIO, *Praxis criminalis,* L. I, tit. 1, q. L, n. 1 e 23; BOEHMER, *Elementa juris criminalis,* Sent. 1, cap. 17, § 296; EICHRODT, *Dissertatio de vi rei judicatae,* Göttingen 1777, § 30; KLEINSCHROD, *Ueber die Rechtskraft peinlicher Urtheil,* nell' *Archiv des Criminalrechts,* II, 43.

[13]) Così pure, per la materia civile, distingue il COGLIOLO, *Cosa giudicata,* nella *Enciclopedia Giuridica,* vol. III, parte IV, pag. 214-215 *contra* gli autori *ivi* citati a nota 7.

miravano che a *preparare* il giudizio finale o ad istruirlo, ordinando prove, chiamando testimoni ecc.; e queste non avevano autorità di cosa giudicata. Tali erano, per esempio le decisioni per le quali i giudici dichiaravano il *non liquet* (NL) cioè dichiaravano che non erano sufficientemente istruiti sulla questione criminale e non potevano perciò darne una risoluzione formale; ordinando o l'*ampliatio* cioè il ricominciamento dell'intero processo o la *comperendinatio* cioè la continuazione del processo incominciato. Questa decisione aveva per iscopo di preparare la decisione definitiva e non aveva perciò nessun valore di cosa giudicata [14]). Ma vi erano altre decisioni le quali, benchè *locutae inter judicium* pure risolvevano, cioè, *definivano* una questione giuridica incidentale e queste « *habebant vim definitivae sententiae* » e perciò producevano la *res judicata.* Di queste abbiamo un esempio nella l. 32 Dig. *de poenis* XLVIII, 19 « *Si praeses vel judex ita interlocutus sit vim fecisti si quidem ex interdicto, non erit notatus nec poena legis Iuliae sequetur* ». In questa legge l'*interlocutio* nel giudizio possessorio stabilisce che *vim fecit* e risolve così la questione giuridica incidentale (*vim facere*) ordinando nella definitiva che l'autore della violenza sia sottoposto alla pena stabilita dalla *lex Iulia de vi privata.* Un'altro esempio è nella l. 1 § 5 Dig. *Ad SC. Turpillianum* XLVIII, 16. « *Quaeri possit se ita fuerit interlocutus Lucius Titius temere accusasse videtur a calumniatorem pronunciasse videtur* ecc. ».

[14]) Il Rosshirt, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts,* Stuttgart 1838-39, II, 303 ha creduto invece (a torto secondo me) di scorgere nella decisione « *non liquet* » dei Romani il precursore storico della assoluzione « *pro nunc* » per difetto di prove che fu in onore nel medio Evo, fino ai primi del nostro secolo. Secondo lui quindi questa decisione sarebbe stata una terza forma di sentenza che, come l'antico « *non consta* » non risolveva il processo, ma lo teneva sospeso fino a nuove prove.

E che le decisioni *interlocutorie* avessero talvolta, sebbene eccezionalmente, valore di *res judicata* si desume anche dalla l. 9 Cod. *De sent et interl.* VII, 45 in cui è detto « *nec causam ullam interlocutiones* PLERUMQUE *perimunt* ». Non può poi essere valido argomento contrario la l. 3, Cod. h. t. in cui è detto: » *praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet,* PRO IUSTA NON HABERI. Questa legge che parrebbe escludere l'autorità di cosa giudicata alle decisioni interlocutorie aventi carattere di definitive, può essere spiegata, secondo noi, diversamente e meglio ammettendo che si tratti qui di una decisione definitiva incompleta o difettosa in cui il giudice abbia dimenticato di statuire sull'applicazione o meno della pena. Ed era naturale allora che questa decisione, giuridicamente ineseguibile, non si ritenesse per *giusta.*

Anche i *prejudicia* avevano autorità di cosa giudicata. In diritto romano il giudice dell'azione era anche giudice dell'eccezione: quando dunque, nel giudizio penale, incideva una *quaestio praejudicialis,* il giudice poteva su di essa *summatim cognoscere* e *pronuntiare* sulla questione principale da essa dipendente; e allora solo questa *pronunciatio* costituiva *res judicata.* Ma poteva anche la questione incidentale sollevarsi mediante una *exceptio praejudicialis* e allora la causa era dilazionata finchè non si ottenesse un *judicium* su di quella il quale, naturalmente, faceva stato; cioè: *praejudicabat* [15]).

24. — « IUSTA » DECISIONE. — Oltre ad essere definitiva la decisione criminale doveva essere *justa* cioè conforme

15) Sui *praejudicia* in diritto romano vedi BOEHMER, *De exceptione praejudiciali ejusque in criminalibus usu.* Halae, 1739; MEYER, *De civilis et criminalis causae praejudicio,* Hannover 1841; MÜLLER, *De civilis et criminalis causae praejudicio,* Amsterdam 1842.

a diritto così nella sostanza come nella forma: doveva ottemperare alle norme di legge ed alle formalità dalla legge obbligatoriamente imposte; altrimenti era nulla *ipso jure*, giuridicamente, cioè, *inesistente*, senza che vi fosse bisogno di un giudizio d'appello per farne dichiarare la nullità.

Anzitutto essa non doveva giudicare *contra jus:*

l. 19 Dig. *De appell. et relat.* XLIX. 1.

« *Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertus sententia si specialiter contra leges vel S. C. vel constitutionem fuerit prolata. Unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit: minime confirmatur ex hac praescriptione sententia: unde potest causa ab initio agitari* » [16]).

La decisione perchè avesse *firmitatem judicati* doveva anche essere *legale* nella forma; e cioè anzitutto emanare da una giurisdizione legalmente istituita e inoltre da un magistrato competente: se la decisione era resa *supra* o *extra jurisdictionem* o *contra solitum judiciorum ordinem* era nulla di pieno diritto e non acquistava autorità di cosa giudicata, e quanto all' incompetenza non si faceva distinzione fra incompetenza *ratione meteriae* o *ratione loci.*

l. 7 Cod., *De sent*, 45. VII, « *Nec vox omnis iudicis* JUDICATI CONTINET AUCTORITATEM *cum potestatem sententiae* CERTIS FINIBUS *concludi saepe costitutum sit* ».

l. 4 Cod. h. t. « *Prolatam a praeside sententiam* CONTRA SOLITUM IUDICIORUM ORDINEM AUCTORITATEM REI JUDICATAE *non obtinere certum est* [17]).

---

[16]) Vedi pure il cit. fr. 7, *De sent.*, VII, 45.

[17]) Vedi pure i cit. fr. 3 e 10, *De sent.*, V II, 45 e fr. 20 *De jurisdict.*, II, 1.

Due esempi di incompetenza li abbiamo nelle ll. 1 e 2 Cod., *si non a competente judice* VII, 48; e in ambedue viene negata alla sentenza autorità di cosa giudicata.

l. 1. « *Iudex ad certam rem datus si de alii pronunciavit quam quod ad eam rem pertinet* NIHIL EGIT ».

l. 2. « *Si militaris judex super ea causa de qua civilibus actionibus disceptandum fuit non datus o quo dari poterat cognovit: etiam remota appellatione id quod ab eo statutum est* FIRMATATEM JUDICATI *non habet* »,

Tuttavia, al tempo delle *questiones perpetuae*, la cui competenza era nettamente determinata, sembra che i casi di decisioni nulle per incompetenza del giudice dovessero essere assai rari; questi casi aumentarono probabilmente nel periodo delle *extraordinarie cognitiones* quando più furono le autorità giusdicenti e meno rigorosamente determinata la competenza rispettiva.

Molto i Romani insistettero nel concetto che una decisione dovesse essere *iusta* per poter *obtinere auctoritatem rei iudicatae;* poichè oltre ai testi citati ve ne è un gran numero che pure si potrebbero citare a suffragare la tesi da noi affermata. I giureconsulti Romani capirono che nell' adempimento delle norme e delle forme imposte dalla legge stava la garanzia dell' interesse sociale: non pure dell' interesse della repressione, bensi anche di quello della libertà ed innocenza. Perchè potesse « *pro iusta haberi* » era naturale che la decisione dovesse essere *iusta;* e questo concetto è cosi rigoroso, nel diritto romano che la nullità della sentenza resa contro le norme e le forme di legge è una nullità radicale, insanabile, che non può cessare per alcun decorso di tempo.

E qui corre a proposito domandarsi quale fosse il valore di una decisione resa in base a collusione fraudolenta fra l' accusatore e l' accusato o fra questi e il giudice. Quanto al primo caso pensa il Laurens che « le jugement

rendu à suite d' une connivence frauduleuse avait force de chose jugée tant qu' il n' était pas intervenu de décision constatant la prévarication de l' accusateur auquel cas l' on admettait l' intervention d' un nouvel accusateur [18]) ». Ma in verità, noi non sappiamo capire come si possa dire che una tale decisione avesse l' autorità della cosa giudicata, dal momento che, scoperta e solennemente affermata mediante un' altra decisione la prevaricazione dell' accusatore, quella cadeva immediatamente nel nulla e si poteva di nuovo riproporre l' accusa. Nè il fatto che nei testi [19]) si trova invocata dall' accusato l' autorità di tale decisione vuol dire, come a torto pensa il Laurens, che essa conservasse effettivamente quella forza e si considerasse come regolare. È naturale che fino a tanto la prevaricazione non fosse dimostrata — e poteva essere legalmente accertata solo per via di un giudizio — la decisione che ne era il prodotto dovesse ritenersi per vera e giusta e quindi mantenersi in vigore. Ma ciò non vuol punto dire che essa avesse autorità di cosa giudicata: tutt' altro. Essa era anzi annullabile, sebbene non giuridicamente inesistente, nel senso che la sua nullità non sorgeva *ipso iure* ma aveva bisogno di essere dimostrata mediante un giudizio di nullità. Diversa era invece la cosa in caso di fraudolenta connivenza fra il giudice e l' accusato; giacchè, in tal caso, la decisione si considerava come *inesistente*, affetta da nullità assoluta, e cadeva *ipso iure* non appena provata in qualsiasi modo la corruzione del giudice e senza che vi fosse bisogno di farne dichiarare la nullità in un giudizio di appello [20]).

---

[18]) Laurens, *Op. cit.*, pag. 44.

[19]) Fr. 3, § 1, *De praev.*, XLVII, 15; fr. 3, § 3 *De hom. lib. exib.*, XLIII, 29; fr. 30, § 3, *De jurejur.*, XII, 2 e C. 11 *De accusationibus et inscript.*, IX, 2.

[20]) Cfr. Cuiacio, *Recitationes de poena judic. qui male*, pag. 1125 e 1126; *Paratilla* ejusd. tit. pag. 266 d.

l. 7. *Cod. quando provocand. non est* VII, 64. « *Venales sententias quae in mercedem a corruptis judicibus proferuntur* ETIAM CITRA INTERPOSITAE PROVOCATIONIS AUXILIUM *iam pridem a divis Principibus* INFIRMAS *esse decretum est* ».

25. — *E*) DECISIONE IRREVOCABILE. — Da ultimo la decisione per dar luogo all'*exceptio rei judicatae* doveva essere *irrevocabile* e quindi non più capace di appello: altrimenti di essa non si può dire veramente che « *controversiis finem dat* ». Sotto i re ed ai tempi della Repubblica l' appello non esisteva. Il *iudicium populi* cui si ricorreva con la *provocatio* organizzata dalla legge Valeria non era nè un giudizio d' appello [21]), nè il secondo stadio di un unico e medesimo processo [22]), ma si avvicinava piuttosto all' esame di un ricorso in grazia [23]) ed era, ad ogni modo, non un nuovo giudizio sul merito e sulla bontà del giudizio anteriore, ma una seconda « *Executions Instans* » secondo l' espressione del Voigt [24]). E neppure suscettibili di appello furono le decisioni delle *quaestiones perpetuae* istituite nel 605 dalla *Lex Calpurnia* [25]); le

---

21) Tale è invece la comune opinione oggi dimostrata erronea. Su di essa vedi EISENLOHR, *Die provocatio ad populum zur Zeit der Republick*, Schwerin 1858; GEIB, *Geschichte des röm. Criminalprozesses*, pag. 152 e seg.

22) Tale è l' opinione dello ZUMPT, *Das Criminalrecht der röm. Republick*, Berlin 1865, I, 2, 182 e seg. e del PADELLETTI, *Storia del diritto romano*, pag. 146. Su questa opinione vedi FADDA, *Appello penale romano* nel *Digesto Italiano*, vol. IV parte I.

23) Questo ho creduto di poter anch' io sostenere, vedi ROCCO, *Amnistia, Indulto e Grazia nel Diritto penale Romano*, nⁱ. 6-10. A questa opinione si accostano il WÖNIGER, *Das Sacralsystem und das Provocationsverfahren der Römer*, Leipzig 1843, § 3 ed il KÖSTLIN, *Die Perduellio unter den römischen Königen*, Tübingen 1841, § 18.

24) Cfr. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, 671.

25) Cfr. WALTER, *Geschichte des röm. Recht*, 1840, II, § 859.

quaestiones erano delegazioni permanenti della giustizia popolare e del popolo avevano ereditato le prerogative: ora il popolo è l' espressione massima della sovranità e, quando giudica, non ammette ricorso gerarchico contro i suoi giudicati. Solo più tardi, col decadere della primitiva purezza e semplicità delle istituzioni giuridiche, sorse l' appello. Il triumviro Antonio lo fece ammettere la prima volta per le accuse capitali [26]). Sotto l' impero contro ogni decisione si poteva ricorrere: dalle sentenze del *praefectus urbis* si ricorreva al *praeses provinciae:* contro di questo vi era l' *appellatio ad principem* [27]); poi nella frequenza degli appelli [28]) l' imperatore delegò a diversi funzionari il suo potere di conoscere in grado di appello e sorse così la gerarchia giudiziaria, necessaria al funzionamento del doppio grado di giurisdizione. In quest' epoca, adunque, solo l' ultima sentenza, quella dalla quale non può più appellarsi produce la *res judicata;* la prima la produce (*transit in rem judicatam*) solo con lo spirare del *dies appellationis*, neppure per volontaria acquiescenza del condannato perchè chiunque, in difetto di lui, poteva interporre appello a suo favore.

Ulp. lib. 2, *De appell.*, l. 6. Dig. *de appell. et relat.*, XLIX, 1. « *Non tantum ei qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur, verum alii quoque, nomine eius, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit; neque distinguitur utrum necessarius eius sit nec ne; credo enim humanitatis ratione, omnem provocantem audire debere, ergo etsi ipse adquiescit sententiae nec quaerimus cuius intersit. Quid ergo si re-*

---

[26]) Cfr. Rosinus, *De publicis iudiciis*, pag. 591.

[27]) Cfr. Walter, *Geschichte des röm. Rechts*, II, § 759 e 760.

[28]) Di questa frequenza ci dà le ragioni lo Zachariæ, *Handbuch des deutschen Strafprozesses*, Göttingen 1868, II, 571.

sistat qui damnatus est adversus provocationem? Nec velit admitti eius appellationem perire festinans? Adhuc putem differendum supplicium ».

Arcadio e Onorio, impp., l. 29, *Cod. de appell. et cons.*, VII, 62: « *Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatus, nulli per vim utque usurpationem vindicare liceat ac tenere. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione* SI TEMPORA SUFFRAGANTUR *interponendae provocationis copiam non negamus, ut ubi diligentius examinetur ubi contra hominis salutem per errorem vel gratiam cognitoris oppressa putatur esse justitia* ».

Ma quale era il *dies appellationis* trascorso il quale la decisione diveniva *irrevocabile* e si considerava come *passata in cosa giudicata?* Nei primi tempi il termine per provocare fu di *due* giorni o di *tre* da quello in cui la sentenza era stata emanata [29]); due per la causa propria [30]) e tre per l'altrui [31]). Dipoi — a testimonianza di Paolo [32]) — fu costituito uno spazio di *cinque* giorni passato il quale la sentenza diveniva irrevocabile. Infine, con la Novella 23 Giustiniano portò a *10 giorni* il *dies appellationis* e ivi si trovano pure delineate le ragioni di questo ampliamento di termini [33]).

Da queste brevi considerazioni sull' irrevocabilità delle decisioni si scorge facilmente come in origine, perchè una sentenza producesse l' *exceptio rei judicatae* non si richiedeva che fosse *diventata irrevocabile* cioè *passata in cosa giudicata* dacchè ogni decisione *definitiva* per ciò stesso era anche e nello stesso tempo *irrevocabile.* Il concetto di

---

29) Fr. 1, § 5, *Quando appell.*, XLIX, 1.

30) Fr. 1, § 2, *eod. loco.*

31) Fr. 1, § 12 e fr. 14 e 15 *eod. loco.*

32) PAUL., *Rec. Sent.*, V, 33, 1.

33) Novella 23.

revocabilità della decisione definitiva sorge soltanto dopo col sorgere dell'appello: e fu solo allora che si richiese ai fini dell'*exceptio,* il passaggio in giudicato della decisione. Già ripugna logicamente che una cosa già giudicata appunto perchè tale possa nuovamente giudicarsi: meglio vale che si aspetti tutto il tempo che è necessario a maturare un giudizio piuttosto che ritornarvi sopra una volta emesso. I Romani medesimi capirono questa logica contraddizione fra « cosa giudicata » e « revocabilità » in un secondo giudizio di appello: ciò risulta dal modo stesso con cui formularono in un aforisma l'autorità della cosa giudicata: *ne* BIS *in idem.*

Ma v'era di più. Roma, ancora ai tempi della repubblica, era un popolo in via di consolidazione politica: perchè essa potesse resistere alle lotte interne ed esterne occorreva il più rigoroso rispetto e la più stretta obbedienza alla pubblica autorità ciò che non si sarebbe ottenuto se i pareri resi sulle controversie giuridiche dall'autorità giudiziaria avessero potuto essere discussi e disconosciuti non pure dagli stessi magistrati in nuovi giudizi, bensì anche dalle parti e dai cittadini in genere. Quindi una cosa una volta e definitivamente giudicata non doveva essere una seconda volta ridiscussa e rigiudicata. Solo quando lo Stato romano si fu consolidato e fortificato potè permettere che sorgesse l'appello, — questo grande attentato alla pubblica autorità —. Ma anche allora « *ne lites poenae immortales fient vitaeque hominum modus excederent* » fu stabilito un certo spazio di tempo dapprima brevissimo poi gradatamente più ampio, ma sempre limitato e determinato, entro il quale fosse possibile avere un *giudicato* che mettesse fine alla controversia giudiziale. Ma nel diritto romano i termini attraverso i quali una decisione diveniva *irrevocabile* e se ne compieva il *passaggio in cosa giudicata* furono sempre relativamente brevi e ristretti.

26. — Concludendo, perchè potesse aversi l' *exceptio rei judicatae*, nella procedura criminale romana — era necessaria — come presupposto formale — una *decisione, resa da un magistrato avente giurisdizione criminale e nell' esercizio di questa; definitiva di tutta o parte la controversia giudiziale (e non importa se condannatoria o assolutoria); sostanzialmente giusta e formalmente legale e infine anche irrevocabile nel senso che non si potesse o non si potesse più contro di essa appellare.*

N. 2. — Presupposto materiale.

(*Ricerca della identità fra la* res judicata *e la* res apud judicem deducta).

27. La regola dei tre *eadem* nel processo civile romano, secondo la *communis opinio*. Inesistenza o inutilità di essa regola secondo il Cogliolo. — **28.** La regola dei tre *eadem* nella procedura criminale romana. Opinione del Laurens: Confutazione. Inapplicabilità della massima in parola ai giudizi criminali. — **29.** L' *eadem quaestio* (*res*) come presupposto materiale dell' *exceptio rei judicatae*: duplice identità che ne risulta *A*) L' *idem factum:* esso implica l' identità della persona accusata. — **30.** *B*) L' *idem crimen* — *Quid* nel caso di *concorso materiale* di reati? *a*) Periodo delle *quaestiones perpetuae*: inammissibilità dell' *exceptio* al fine di escludere una seconda accusa per diverso *crimen* nascente *ex eodem facto*: ragioni — **31.** *b*) Periodo delle *cognitiones extraordinariae*: ammissibilità: ragioni: Confutazione del Laurens — **32.** *Quid* nel caso di *concorso formale* di reati? Impossibilità in tale ipotesi di più accuse successive pel medesimo fatto — **33.** *Eadem persona* (?) Se fosse necessaria l' identità delle parti in causa, in ispecie, quella dell' accusatore. Opinioni dell' Helie, del Laurens, del Fadda e del Cogliolo. — **34.** Nostra Opinione: opponibilità *erga omnes* dell' *exceptio rei judicatae* *a*) secondo i principî generali del processo criminale romano — **35.** *b*) secondo l' esame dei testi. Testi in favore dell' autorità *erga omnes*. Testi in favore dell' autorità *modo inter partes*. — **36.** Conciliazione di essi e confutazione delle opinioni dei citati autori — **37.** L' *exceptio rei judicatae* nelle *actiones populares*. Opinioni del Fadda e del Cogliolo. — Opinione dello Scialoja — Nostra opinione.

27. — Si suole comunemente affermare che, per verificare l' esistenza della identità fra il *judicatum* ed il

petitum, i giureconsulti romani in materia civile avessero indicato tre condizioni, le quali concorrendo, era ammissibile l'*exceptio rei judicatae* contro una nuova azione: cioè l'*eadem res*, l'*eadem causa petendi* e le *eaedem personae*. Recentemente il Cogliolo [1]) ha cercato di dimostrare come la regola dei tre *eadem*, benchè si trovi accennata nei testi romani, non sia creazione romana, ma medioevale e sia sorta invece da una falsa interpretazione del diritto romano, ed ha mostrato come nei testi romani si trovi frequentissimamente concessa l'*exceptio rei judicatae* anche quando l'oggetto materiale (*res*) non è lo stesso, o mutato è il *nomen iuris* dell'azione e il titolo della pretesa (*causa actionis*, *causa petendi*), o diverse le *personae* fra le quali fu giudicato. Per il Cogliolo, perciò, la regola in parola non esisteva in diritto romano: non era una regola perchè — nota egli — i casi che vi rientravano erano in minor numero di quelli che vi facevano eccezione e quelli erano i più semplici e facili in cui la regola, se anche era vera, non era però utile [2]).

28. — Comunque sia di ciò, e senza voler discutere la questione nel campo del diritto privato, risulta tuttavia chiara l'inesattezza in cui è caduto il Laurens [3]) affermando, che la regola delle *eadem res*, *causa* e *personae*, come condizioni di ammissibilità della *exceptio rei judicatae*, si sia, salvo leggere modificazioni, trasportata dal campo del diritto privato a quello del diritto criminale romano. Inesattezza, anzitutto, perchè è pregiudizialmente discutibile se la regola dei tre *eadem* esistesse nella procedura civile romana; inesattezza poi, perchè, come ve-

---

[1]) Cogliolo, *Cosa giudicata*, nell'*Enciclopedia Giuridica*, vol. III, parte IV, pag. 223 e seg., 230 e seg.

[2]) Cogliolo, *Op. cit.*, pag. 231.

[3]) Laurens, *Chose jugée*, pag. 51.

demmo, il — *ne bis in idem* — sorse contemporaneamente nelle materie civili e criminali: inesattezza in terzo luogo perchè una differenza fra il processo civile e criminale, per quanto non rilevantissima, esisteva anche ai tempi, e specialmente gli ultimi, dei Romani, e non poteva non riflettersi nella materia della *res judicata* che è del processo il momento supremo; inesattezza infine perchè nei testi che ci parlano della *res judicata* nei giudizi criminali non troviamo mai fatta menzione di queste tre condizioni della *eadem res, eadem causa*, ed *eaedem personae*. E che questa regola nei giudizi criminali non potesse applicarsi si capisce facilmente. A differenza della contestazione di diritto privato che ha sempre per obbietto materiale una cosa, un *corpus*, di cui le parti si disputano la spettanza giuridica, la contestazione criminale si rivolge esclusivamente e costantemente contro una *persona* della cui reità si discute. Quanto alla *causa*, sia che per essa si intenda il *nomen iuris* del *crimen* e dell' accusa, sia che si intenda il *fatto* materiale generatore del *crimen* si dice sempre cosa impropria ed inesatta, perchè la *causa petendi* è unica cioè l' applicazione della pena, e non v' è bisogno di richiederla appunto perchè è sempre la stessa. Quanto infine alle *personae* non è vero, come appresso si dirà, che l' *exceptio rei judicatae* nei giudizi pubblici non avesse valore che *inter easdem personas;* ed è un non tener conto delle differenze che, anche in diritto romano, intercedono fra processo civile e criminale, il voler trovare in essi, quanto ai requisiti della exceptio in parola, una analogia che non esisteva e non poteva esistere. D' altronde a dimostrare che i Romani non intesero mai di estendere ai giudizi criminali la regola che valeva (se pur valeva) nei giudizi civili, basta osservare che le parole *eadem res* si trovano da essi usate anche in materia di diritto criminale ed a denotare tutt' altro concetto che quello della identità dell' oggetto materiale della controversia.

Bis de eadem re ne sit actio dissero le XII Tavole; e dissero specialmente per le cose criminali; e qui si alludeva evidentemente alla identità generale della questione, a tutta la controversia giudiziale considerata nel suo complesso. In questo senso fu detto: *res judicata* e *res in judicium deducta;* e in questo senso usarono le parole *eadem res* anche Cicerone, Quintiliano e Giulio Vittore [4]), ad altro non alludendo se non alla identità della lite criminale.

29. — Questo dunque si richiedeva perchè potesse darsi nei giudizi criminali l' *exceptio rei judicatae:* cioè che si trattasse di *eadem quaestio.* Ma quando una questione criminale era identica all' altra? Noi crediamo che per diritto romano *due questioni criminali erano identiche quando avevano per oggetto uno stesso crimen nascente da uno stesso factum di una stessa persona.* L' identità della questione si aveva con l' identità del *fatto* e del *reato* e l' *exceptio rei judicatae* si dava quando il *crimen in accusationem deductum* era *identico* al *crimen* già *judicatum,* ed ambedue nascevano da uno stesso fatto di una stessa persona, senza far distinzione se l' accusatore fosse o non fosse quello stesso che aveva prima accusato.

A) *Idem factum.* — Anzitutto ci voleva l' *idem factum.* Lo dice la l. 3 Dig. *De popul. act.* XLVII, 23: « ... *cum idem factum sit* »: e lo conferma la l. 9 Cod. *De accusationibus,* IX, 2: « *si tamen ex eodem facto....* ecc. » Ed è naturale; perchè non si può pensare alla possibilità di un diritto, anche penale, senza un fatto dell' uomo capace di generarlo: *ex facto oritur ius.* Ma qui bisogna notare che per fatto si intendeva *fatto dell' uomo* onde se

---

[4]) Cicerone, *pro Cecina,* 8, *pro Mur.,* 27 e specialmente *pro Mur.,* 12; Quintiliano, *Inst.,* VII, 6, 1, *Declam.,* 266; Giulio Vittore, C. 3, § 10 (Orelli, pag. 205).

l' autore del fatto già giudicato era un altro, si aveva un *fatto diverso*, non vi era più l' *idem factum* e quindi l' *exceptio rei judicatae*. È perciò che nelle fonti non si trova mai la frase « *eadem persona* » intendendo la persona autrice del reato: questa identità si supponeva: era compresa nella identità del fatto criminoso. L' *homicidium* commesso da un individuo è un *fatto diverso* dall' *homicidium* commesso da un altro individuo: il furto di Tizio è un *fatto diverso* dal furto di Caio, anche se fu commesso a danno dello stesso Sempronio, anche se la *res furtiva* è la medesima, e per quanto si tratti sempre di una stessa azione cioè l' *actio furti*. Tuttavia quando più fossero gli autori di un fatto criminoso doveva esser dubbio se di *idem factum* si trattasse e se potesse in conseguenza opporsi la *exceptio rei judicatae*. Cicerone si sforza di dimostrare che l' identità esisteva e la *res judicata* poteva opporsi, nella causa dei complici di Oppiniaco: « *Si ipsum Oppiniacum bis suis judiciis condemnatum absolvissent, quis tantam turpitudinem judiciorum, quis tantam incostantiam rerum judicatarum, quis tantam libidinem judicum ferre potuisset?* [5])

30. — B) *Idem Crimen.* — Ma non bastava che si trattasse di uno stesso fatto: occorreva che il *crimen* da esso nascente e messo in accusa fosse quello stesso che era stato giudicato. Qui la cosa non è dubbia: tutti i testi, senza eccezione alcuna, richiedono l' *identità del crimen* [6]). Ma *quid iuris* nel caso che uno stesso fatto fosse suscettibile di diverse qualificazioni giuridiche e desse luogo a parecchie incriminazioni l' una dall' altra distinta (*concorso*

---

[5]) Cicerone, *Pro Claro*, 22.

[6]) L. 3, § 1, *De praevaric.*, XLVIII, 15, l. 7, § 2, *De acc. et inscript.*, XLVIII, 2, § 1 e 2, *Paul. Sent.*, I, VI^b, l. 9 *Cod. de accus. et inscript.*, IX, 2.

materiale) [7])? Un individuo p. es. vien giudicato per un *crimen* determinato ed assoluto; ma il fatto da lui commesso poteva considerarsi sotto vari e distinti aspetti giuridici così da dar luogo a diversi reati; si agisce nuovamente contro di lui per lo stesso fatto accusandolo di un nuovo e diverso *crimen*. Può egli respingere l' accusa invocando il *ne bis in idem* e l' *exceptio rei judicatae?* Noi crediamo si debba far distinzione secondo i tempi: ai tempi della repubblica, no. E infatti, come abbiamo accennato, l' accusatore doveva nell' atto di accusa indicare esattamente il *crimen* per cui si agiva: la *quaestio* doveva verificare se esso entrava nei limiti della sua competenza, rigorosamente determinata dalla legge; e dato che avesse competenza a giudicare, la sua decisione non poteva esorbitare dall' accusa e statuire su di un *crimen* diverso da quello in essa dedotto e su cui era stata ritenuta la competenza. Per conseguenza tale decisione era *res judicata* solo per riguardo a quel *crimen*, onde per un altro *crimen*, sia pure sorgente dallo stesso fatto, ma non dedotto in accusa, questa poteva riproporsi senza che contro di essa si potesse invocare l' *exceptio rei judicatae*. Si sa così che Milone per la parte da lui presa all' uccisione di Clodio fu accusato ad un tempo *de vi, de sodalitiis et de ambitu* dinanzi a diverse *quaestiones* e da ciascuna di esse, per ciascun *crimen*, condannato.

Nel caso dunque di materiale concorrenza di reati, vi potevano essere tanti giudizi e tante condanne per quanti reati; senza che con l' *exceptio rei judicatae* si potesse opporsi all' esperimento delle azioni successive. Ciò risulta

---

[7]) Sul concorso materiale e formale di reati vedi SAVIGNY, *De concursu delictorum formali*, Marburg 1800; REIN, *Das Criminalrecht der Römer*, pag. 242 e segg.; FERRINI, *Diritto penale romano*, pag. 96 e seg.; LANDUCCI, *Storia del diritto Romano*, vol. I. parte III, § 400, pag. 818 e seg.

dalla l. 9 Cod. *De acc. et inscript.* di cui appresso diremo, nonchè dalla l. 130 Dig. *De regulis iuris* L, 17: (Ulp. lib. 18, *da Ed.*) « *Nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit;* e pei delitti privati dalla l. 2, pr. § 1 Dig. *de priv. del.* XLVII, I » [8]).

31. — Diversa dovette essere la cosa negli ultimi tempi dell' impero all' epoca delle *cognitiones extraordinariae.* E infatti mentre da un lato troviamo riconfermato il requisito dell' *idem crimen* e stabilito in caso di più crimini nascenti dallo stesso fatto, la non invocabilità dell' *exceptio* contro il *crimen* non dedotto in accusa e perciò non giudicato, dall' altro lato troviamo data facoltà al giudice di statuire con una sola decisione su ogni *crimen* risultante da un unico e medesimo fatto. Leggasi per intero la l. 9 Cod. *de accus.* et *iscript.* IX, 2 « *Qui de crimine publico in accusationem deductus est ab alio super eodem crimine deferre non potest. Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. Iudex autem super utroque crimine audiens jam accomodabit. Nec enim licebit ei separatam de uno crimine sententiam proferre priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat.* » Evidentemente in questa costituzione gli imperatori (Diocleziano e Massimiano) non fanno da prima che riconoscere e confermare un principio di diritto già da tempo esistente, cioè appunto l' esistenza per ogni *crimen* di una azione distinta e distintamente esperibile non ostante l' identità del fatto che forma la base di quello.

[8]) Si guardi a distinguer bene il *concorso dei reati materiale* (più delitti commessi con lo stesso fatto o uno ripetuto più volte) o *formale* (pluralità di leggi violate dallo stesso reato) dal *concorso delle azioni per un solo delitto che violi una sola legge.* Di questo non ci occupiamo qui.

Ma a quei tempi le regole fondamentali di procedura erano cambiate; i giudici avevano pienezza di giurisdizione, competenza generale ed assoluta; il processo poteva anche iniziarsi *ex officio*, senza bisogno di una accusa che eccitasse l'opera del magistrato. Per conseguenza i giudici ebbero il diritto di esaminare il fatto per cui si procedeva sotto ogni e qualunque punto di vista giuridico; e in caso di incriminazioni multiple di un medesimo fatto, in caso di diverse possibili qualificazioni giuridiche penali, fu dato loro facoltà di pronunciare una sola sentenza su tutti i *crimina* sorgenti *ex eodem facto*. Evidentemente si tratta di una eccezione alla regola antica; lo dice il carattere avversativo dell' *autem*, nel secondo periodo della costituzione; ma questa eccezione, come abbiamo visto, si spiega facilmente e dovette col tempo supplantare la regola. E la conseguenza naturalmente fu questa: che la decisione del giudice non dovette più avere autorità di *res judicata* solo per rispetto al *crimen* menzionato nell' accusa (quando v' era) o nella sentenza; ma la sua autorità e l'*exceptio* che ne derivava dovette potersi opporre contro qualunque accusa per qualunque crimine nascente dal medesimo fatto. In quel tempo, quindi, l' identità del *crimen* non dovette essere più richiesta o, quanto meno, dovette intendersi in senso molto diverso. Ha torto il Laurens [9]) quando afferma che anche ai tempi delle *extraordinariae cognitiones* non vi era cosa giudicata che per riguardo al *crimen* menzionato nella sentenza; e così quando crede che se il giudice non avesse statuito su tutte le incriminazioni si potesse ricominciare la persecuzione per quelle che non erano state oggetto di decisione. No. Da Diocleziano in poi, cioè con lo stabilirsi definitivo ed esclusivo delle *extraordinariae cognitiones*, l' *idem crimen* non si richiedeva più come condi-

---

[9]) Laurens, *Chose jugée*, pag. 53.

zione di opponibilità dell' *exceptio rei judicatae;* e poichè il giudice poteva e doveva esaminare il fatto sotto ogni qualificazione prima di proferire la sentenza su uno dei *crimina* che da esso sorgevano, è strano ed assurdo pensare che si potesse riproporre l' accusa « *par rapport aux incriminations qui n' avaient pas eté l' objet d' un decision* », perchè tutti i *crimina* nascenti da quel fatto, almeno implicitamente, erano stati *iudicata*. La cost. 11 *De accus. et iscript.* IX, 2 è ben lungi dal suffragare con un esempio la tesi del nostro autore. Nella l. 5 Dig. *De quaest.* XLVIII, 18 troviamo invece un esempio di concorso materiale di reati nel quale il giudice condanna con una sola sentenza, aggravando la pena maggiore.

32. — Infine — e per terminare la materia dell' identità del reato — occorre domandarsi come si regolasse la *exceptio rei judicatae* nel caso che uno stesso *crimen* violasse più leggi diverse (*concorso formale*).

Il caso non era nuovo a Roma: si sa ad es. che il *crimen lesae majestatis* era represso da tre diverse leggi; la *lex Julia*, la *lex Cornelia*, la *lex Apuleia*. Ora poteva farsi questione se un individuo accusato e giudicato per un *crimen* come previsto da una data legge potesse esserlo nuovamente per lo stesso *crimen* in quanto fosse previsto e punito da una legge diversa. La l. 14 Dig. *De accusationibus* XLVIII, 2 ci dà la soluzione della questione « *Senatus censuit ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret* ». Dunque; non si poteva esser convinti rei e condannati per uno stesso *crimen*, quando pure questo fosse contemplato e punito da leggi diverse e contemporaneamente imperanti senza abrogarsi o derogarsi l' un l' altra [10]).

[10]) Cfr. SAVIGNY, *De concursu delictorum formali*, § 18, pag. 111 e seg.

Il Laurens [11]) crede a ragione che questa soluzione non si adottasse che tardi perchè il Senatoconsulto di cui si parla nella citata l. 3 fu reso, secondo ci attesta Svetonio [12]), sotto il regno di Tito Vespasiano. È vero che dalla espressione della legge, che è tolta dal lib. 2.° *De officio Procunsuli* di Paolo, non risulta che vi sia stato su questo punto un cambiamento della procedura criminale; ma noi sappiamo che i Romani disputarono a lungo sul caso della pluralità di leggi violate dallo stesso ed unico reato (*concorso formale*), come risulta dalla l. 32 Dig. *de oblig. et act.* XLIX, 7. Certo è che furono sostenute tre teorie: per una di esse non si sarebbe potuto sperimentare che una azione penale (l. 53 Dig. *de oblig. et act.* XLIV, 7) per una seconda dopo sperimentata una delle azioni si sarebbe potuto agire con le altre, se più energiche (l. 34 Dig. *de oblig. et act.* XLIV, 7), per una terza infine si sarebbero potute intentare tutte (l. 32 e l. 60 Dig. *de oblig. et act.* XLIV, 7). Ora è molto probabile che la prima soluzione che si trova confermata nella l. 14 Dig. *de accus.* XLVIII, 2 sia stata storicamente l'ultima [13]).

Noi perciò crediamo che in caso di *concorso formale* di reati, esperita una azione e giudicata, si potesse mediante l'*exceptio rei judicatae*, respingerne un'altra basata sulla violazione di una legge diversa, appunto perchè il *crimen* per quanto violatore di leggi diverse era sempre lo stesso. Dice la legge 53 pr. *De oblig. et act.* XLIV, 17: « *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti probatum est. Nam si ex una obligatione plures actiones nascuntur una tantummodo non omnibus utendum est* ». Ora è evidente che questa regola

---

[11]) Laurens, *Op. cit.*, pag. 56.

[12]) Svetonio, *Titus Vespasianus*, cap. 8.

[13]) Landucci, *Storia*, I, parte III, § 400, pag. 818 e 819, nota 3.

doveva valere non soltanto nel caso che l'azione penale fosse stata nient' altro che *deducta in judicium*, ma anche nel caso che essa fosse stata *judicata;* ed in tal ultimo caso il mezzo per respingere la nuova azione era appunto l'*exceptio rei judicatae*.

33. — *C*) *Eaedem personae*? — Questo era adunque il presupposto materiale dell'*exceptio rei judicatae:* che si trattasse dello stesso *crimen* nascente dallo stesso *factum:* e più tardi bastò solo l'identità del fatto. Il Laurens tuttavia afferma la necessità di un' altra condizione oltre le due che abbiamo separatamente esaminate: cioè le *eaedem personae*: « *Il faut* — dice egli — *qu' il y ait identité de partie en cause c' est à dire d' accusateur et d' accusé* » [14]). E che dello stesso accusato si dovesse trattare nessuno dubita: noi lo abbiamo egualmente affermato, notando però che questo concetto dello stesso accusato era compreso in quello dello « *idem factum* », subiettivamente considerato. La questione è invece perciò che riguarda l' identità dell' accusatore. L' autorità della *res judicata* si poteva opporre dal reo soltanto contro il primo accusatore, quello stesso che aveva promosso il primo giudizio, o anche contro qualunque terzo che avesse intentata una nuova azione? Qui le opinioni si moltiplicano. L' Hélie non dubita di affermare « *que le même crime ne peut donner lieu à deux accusations successives, lors même que l' accusateur n' est pas le même* » [15]); ma è costretto a concedere che « *ce principe admettait quelques restrictions* ». Il Laurens nega che ad un altro accusatore si potesse opporre l'*exceptio rei judicatae*, ma intende

---

14) LAURENS, *Op. cit.*, pag. 55.

15) HÉLIE, *Traité de l' instruction criminelle*, Bruxelles 1863, vol. I, n. 1254. Per le azioni popolari la stessa opinione è sostenuta dal KELLER, *Litiscontestation und Urtheil*, Zürich 1827, pag. 407.

l' identità dell' accusatore in senso largo, non come identità fisica, ma giuridica e si serve, malamente, del concetto della rappresentanza di interessi per spiegare i casi dubbi e controversi [16]. Il Cogliolo [17] ed il Fadda [18], trattando la questione limitatamente alle *actiones populares* (e quest' ultimo, incidentalmente, estende la sua opinione anche ai *judicia publica*) [19], dicono che l' eccezione di cosa giudicata non poteva essere opposta al cittadino che non era attore nel primo giudizio e, quanto ai terzi erano esclusi si per la consumazione processuale, ma questa si faceva valere in modo diverso e precisamente, secondo afferma il Cogliolo [20], per mezzo della *denegatio actionis* del pretore.

34. — Lasciando per ora da parte le *actiones populares* e limitandoci a parlare delle accuse pubbliche, occorre domandarsi anzitutto se per uno stesso *crimen* nascente da uno stesso fatto si potesse da un altro accusatore ritentare l' accusa, o questa fosse processualmente consumata anche per i terzi non intervenuti nel giudizio. A me non pare dubbio, secondo i principî, che l' accusa una volta dedotta e giudicata fosse consumata per tutti e non potesse ritentarsi più da nessuno. Noi sappiamo infatti che qualunque cittadino (*quivis ex populo*) poteva intentare l' accusa ed a questo scopo bastava che ne domandasse al *quaesitor* l' autorizzazione (*postulatio*). Ma se più persone facevano nello stesso tempo più domande allo stesso scopo

---

16) Laurens, *Op. cit.*, pagg. 55-60.

17) Cogliolo, *Piccole ricerche sulla exceptio rei judicatae* estratto dall'*Archivio Giuridico* 1883, pag. 23 e seg., n. 6; *Trattato dell' eccezione di cosa giudicata*, Torino 1883, pag. 358-362.; *Cosa giudicata*, nell'*Enciclopedia Giuridica*, vol. III, parte IV, pag. 269 e seg.

18) Fadda, *L'azione popolare*, vol. I, Torino 1891, n.i 96-117.

19) Fadda, *Op. cit.*, n. 105, pag. 124.

20) Cogliolo, *Cosa giudicata*, nell'*Enciclopedia Giuridica*, pag. 269.

si procedeva alla *divinatio* cioè si sceglieva dal giudice la persona che offrisse maggiori garanzie alla giustizia, lo *idoneior*, e gli altri non potevano che assisterlo a titolo di *subscriptores* [21]). L' accusatore scelto dunque doveva rappresentare il popolo, perchè egli non stava in giudizio nel suo interesse individuale, ma quasi *unus ex populo* e nell' interesse diretto ed immediato del *populus*. Una volta emessa la pronunzia, condanna o assoluzione, l' accusa era consumata per il *populus:* non poteva dunque riproporsi per il *populus*. Poco importava che il nuovo accusatore fosse lo stesso di prima o un altro: sempre stava che l' accusa si era legittimamente consumata e non poteva risorgere. Dal momento che l' ammissione di un cittadino all' accusa escludeva gli altri vuol dire che c' era fra i cittadini un tal rapporto per cui gli interessi degli uni si consideravano come identici all' interesse dell' altro e però da questi implicitamente rappresentati. E si capisce: il reo era il violatore della legge; la legge era la volontà del popolo: vi era dunque un rapporto fra il violatore ed il popolo, o quanto meno, fra quello ed il singolo cittadino come parte del *populus* e quindi un rapporto dei cittadini come tali fra di loro. Il diritto di accusa non si aveva quasi *proprium* ma *jure civitatis:* esercitato questo di diritto da uno *per tutti* esso era consumato *per tutti* e non si poteva più esercitarlo.

35. — Questo concetto della *non riproponibilità* da parte di qualunque persona dell' accusa per un *crimen* già giudicato, scaturisce limpidamente dai principî generali del sistema processuale penale dei Romani. Ma risulta esso dall' esame dei testi? Qui la ricerca è più complicata. Vi sono dei testi che non lasciano dubbio alcuno che la *res judicata* potesse opporsi anche ad un nuovo e diverso accusatore.

---

[21]) L. 16, *De accusat.*, XLVIII, 2.

l. 9 *Cod. de acc.* IX, 2: « *Qui de crimine publico in accusationem deductus est ab alio super eodem crimen deferri non potest. Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus: de altero non prohibetur ab alio deferri.* »

l. 11, § 2. Dig. *de acc.* XLVIII, 2: « *Ab alio delatum alius deferre non potest.* »

l. 3, § 1 Dig. *de praev.* XLVII, 15: « *Nam si reus accusatori publico judicio ideo prescribat quod dicat se eodem crimine ab alio accusatum et absolutum: cavetur Lege Julia publicorum, ut non prius accusetur, quam de prioris accusatoris praevaricatione constiterit, et pronunciatum fuerit; huius ergo praevaricationis pronunciatio publici judicii intelligitur.* »

§ 1 *de proc.* Dig. III, 3: « *Qui ita de publico agunt, ut et privatum commodum defendant; causa cognita, permittuntur procuratorem dare: et postea alius agens exceptione repelletur.* »

l. 3, § 13 Dig. *de hom. lib. exib.* XLIII, 29: « *Si tamen posteaquam hoc Interdictum actum est alius hoc Interdicto agere desideret: palam erit, postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici. Itaque causa cognita amplius quam semel Interdictum hoc erit movendum. Nam nec in publicis judiciis permittitur amplius agi, quam semel actum est, quam si praevaricationis fuerit damnatus prior accusator.* »

l. 7, § 2 *de acc.* XLVIII, 2: « *Hisdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet Praeses pati eundem accusari et ita Divus Pius Salvio Valenti rescripsit.* »

Ve ne sono tuttavia degli altri da cui sembra risultare che anche nei giudizi criminali, *res inter alios judicata alii non praejudicat* e che quindi un nuovo ac-

cusatore possa ritentare l'accusa. Anzitutto la stessa l. 7, § 2 *de accus.* XLVIII, 2, immediatamente dopo aver posto il divieto di ritentare l'accusa contro un reo assoluto, si fa la questione e la risolve. « *Sed hoc utrum ab eodem, an nec ab alio accusari possit, videndum est? Et putem, quoniam res inter alios judicatae alii non praejudicant....* e la l. 3 Cod. *Quibus res jud.* VII, 56: « *Iuris manifestissimi est et in accusationibus his qui congressi in judicio non sunt officere non posse...... Nec in simili negotio res inter alios actas absenti praejudicare saepe constitutum est.* »

§ 1 e 2 *Sent. Pauli* I, 6: *Hiisdem criminibus quibus quis absolutus est ab eo qui accusavit refricari accusatio non potest.*

36. — Come si spiega questa contradizione fra le une e le altre leggi? Questa contradizione che si ritrova anche in un medesimo testo che è la legge 7, § 2 di Ulpiano? Il Fadda che esamina incidentalmente solo quest' ultimo, afferma che l' accusa pubblica non può riproporsi, è vero, per delitto già giudicato, ma che al *nuovo* accusatore non si oppone l' *exceptio rei judicatae.* Secondo l' esimio romanista in tal caso « vi è mezzo d' impedire il ritentamento senz' uopo di ricorrere all' *exceptio rei judicatae:* nè la sola circostanza che il cittadino agisce nell' interesse pubblico basta a dar base a tale eccezione » [22]). Ma in verità io non so come questa opinione si possa conciliare con l' esplicita dizione della l. 3, § 1 Dig. *de praev.* XLVIII, 15 in cui si parla proprio di « *praescriptio* » cioè di eccezione opposta ad un altro accusatore [23]). Quanto al Laurens [24]) egli non sembra comprendere in che consista la

---

22) Fadda, *Op. cit.*, n. 105, pagg, 124-125.

23) Di *praescriptio* parlano pure i citati passi di Quintiliano, *Declam.*, 266 e di Giulio Vittore, c. 3, § 10.

24) Laurens, *Op. cit.*, pag. 56.

contradizione. Infatti egli si sforza di dimostrare come la l. 7. § 2 e la cost. 3, VII, 56 corroborino la sua tesi delle *eaedem personae*. E questo si capisce. Ma a lui che di questa tesi si fa sostenitore [25]) incombeva invece l'obbligo di conciliare con questa le leggi da noi precedentemente citate ed affermanti esplicitamente l'autorità *verso i terzi* della cosa giudicata criminale. L' Helié [26]), più logico, vi vede delle eccezioni, ma si mostra confuso nello stabilirle e non ne cerca le ragioni. Io per me riconosco la gravità della contradizione ma non credo di dover deflettere dall' opinione posta innanzi cioè che la *res judicata* nei giudizi criminali potesse in massima opporsi anche al terzo non intervenuto come accusatore nel giudizio precedente. L' esplicita chiarezza dei testi che questa opinione suffragano, e l'esame dei principî generali me lo impediscono. Ma allora, si dirà, come si spiegano i testi che estendono alle accuse pubbliche la regola di diritto privato *res inter alios judicata tertiis nec nocet nec prodest?* Io credo che una conciliazione sia possibile. Si osservi bene infatti. Il § 1 e 2 delle Sentenze di Paolo non contiene nessuna contradizione: in esso si dice che l'accusa non si può riproporre « *ab eo qui accusavit* », ma non si esclude l'estensione del divieto anche al nuovo accusatore. Quanto alle l.l. 7, § 2 *Dig.* XLVIII, 2 e 3 *Cod.* VII, 56 esse contengono ambedue un inciso, da me appositamente lasciato in bianco, che può servire a spiegare e risolvere la contradizione. Giacchè, dopo aver detto che la *res inter alios judicata* non pregiudica ai terzi non intervenuti in giudizio,

---

[25]) A questa tesi aderisce anche il PLANCK, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, Göttingen 1884, § 4, pag. 24 e seg., il quale dice (pag. 29) esservi qui « *eine unbehülfliche Analogie des Civilrechts* ». Il che non è vero e non risponde nemmeno, come vedemmo, alle concezioni romane del diritto e del processo penale.

[26]) HÉLIE, *Traité*, vol. I, n. 1255.

aggiunge l' una: *si is qui nunc accusator exstitit suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam magna ex causa admitti eum ad accusationem debere* [27]). E l'altra; *si quis forte praejudicii videatur oblatum.* Dunque si trattava di un caso in cui non trovava applicazione il principio generale. Quando è che la *res judicata inter alios* nei giudizi criminali non poteva opporsi al nuovo accusatore? Evidentemente quando gli nuoceva direttamente: quando dall' aver intentato un altro invece di lui l'accusa, fosse derivato un ingiusto danno come l' ingiusta assoluzione del colpevole; allora *magna ex causa,* poteva eccezionalmente essere ammesso all' accusa. Ed era naturale che alla persona cui la *res judicata* nuoceva direttamente, si accordasse un certo favore perchè essa era la parte lesa, l' offeso o il danneggiato dal *crimen.* Già doveva influire la considerazione che essa meglio di ogni altro, era in grado di fornire la prova della reità dell' accusato. Ma c' era di più; giacchè se, non ostante il giudicato, anzi appunto per causa di esso, rimaneva l' offesa o il danno del cittadino voleva dire che ciò che ledeva il *populus* neppure era stato tolto di mezzo. E tuttavia bisognava che questo nuovo accusatore fosse in buona fede: che non sapesse dell' accusa già da altri istituita, perchè altrimenti troppo facile sarebbe stato eludere il divieto del *bis in idem* che la legge poneva. La regola era dunque l' autorità (anche *erga omnes*) della *res judicata;* la non opponibilità della *exceptio* al nuovo accusatore (quando questi fosse rimasto danneggiato dalla *res inter alios judicata,* e non sapesse dell' accusa precedentemente intentata) era non già una restrizione ad essa apportata, ma

[27]) Cfr. qui la l. 16 C. *de his qui accusare non possunt* IX, 1. Vedi pure DESIDERIO ERALDO, *De rerum judicatarum auctoritate,* capo I, nell'OTTONIS, *Thesaurus,* t. II.

una ipotesi che ne rimaneva logicamente al di fuori. Nella materia criminale si tratta di un fatto che investe l'intera personalità dell'accusato ed interessa tutto l'ordine pubblico e perciò la sentenza che quello riguarda deve valere *per tutti: ius facere inter omnes*. Ma quando sotto le spoglie del nuovo accusatore, sta il danneggiato dal reato e dalla sentenza, che ha ingiustamente prosciolto un colpevole, lo stesso interesse pubblico reclama che si dia a quegli ascolto e gli si renda quella giustizia che un altro accusatore forse non seppe o non volle provocare. E così che come vedremo, si spiegano tutti i testi in cui troviamo ripristinata ed ammessa l'accusa da un diverso accusatore. La *res inter alios judicata* nei giudizi criminali poteva dunque bensì favorire i terzi, ma nuocere no. Solo nel primo caso quindi poteva opporsi l'*exceptio;* e non si trattava veramente di una eccezione ma di un caso di inapplicabilità del principio generale, prodotto dal venir meno della ragion d'essere del principio medesimo e viziosamente inerente al sistema processuale accusatorio romano.

37. — Ma se nei *judicia publica* l'*exceptio rei judicatae* si poteva per regola opporre a tutti, risulta egli che avvenisse altrettanto nelle *actiones populares?* Fosse lo stesso o diverso l'attore del secondo giudizio, qui nessuno nega che l'azione dovesse considerarsi come consumata: la questione è soltanto sul mezzo con cui di fronte al nuovo attore si faceva valere tale consumazione; alcuni come il Cogliolo ed il Fadda negando che ai terzi si potesse opporre l'*exceptio rei judicatae*, e sostenendo che la consumazione si faceva valere per mezzo della *denegatio actionis* del pretore, altri, ed è l'opinione comune, affermando che l'*exceptio rei judicatae* era l'unico organo del *ne bis in idem* e si poteva opporre a tutti terzi o non terzi. Io non starò a dilungarmi su questa grave e dibattuta questione, tanto più che essa non ci interessa direttamente.

Diró solo che non saprei aderire all' opinione del Cogliolo e del Fadda dopo la vigorosa oppugnazione dello Scialoja [28]); per opera del quale mi pare che l' antica opinione sia stata veramente riabilitata. Del resto il pernio della questione sta tutto nella interpretazione della l. 3 Dig. *De popul. act.* XLVII, 23; e neppure le recenti e forti critiche mosse dal Prof. Fadda al Prof. Scialoja mi pare siano riuscite a smontare l' esegesi che di questo frammento dà quest' ultimo autore. Gli altri testi su cui verte la discussione, cioè la l. 30, § 3 Dig. *de jure jur.* XII, 2 e la l. 3, § 13, Dig. *de hom. lib. exib.* XLVIII, 29, possono pure, come lo stesso Scialoja ha dimostrato, interpretarsi diversamente e forse meglio di quello che non facciano i proff. Fadda e Cogliolo. Noi dunque, affermata la nostra opinione, lasciamo da parte l' esame dei testi, il quale del resto fu così lungamente e profondamente fatto dai su citati autori, che poco, e non certo di meglio, a quanto da loro fu detto, vi sarebbe da aggiungere.

§ 4. *Le eccezioni*

38. — L' indagine delle eccezioni all' autorità della *res judicata* e gli errori della dottrina moderna e della pratica medioevale. — **39.** Esame e confutazione di alcune pretese eccezioni ritenute dallo Hèlie. *a*) L' eccezione della *transactio* . — **40.** *b*) L' eccezione della *praevaricatio prioris accusatoris.* — **41.** c) L' eccezione del *defectus probationis.* — **42.** L' eccezione del nuovo accusatore *suum dolorem persequens.* — **43.** La revisione dei giudicati per intervento sovrano. *a*) La revisione dei giudicati di condanna: la grazia sovrana sotto la repubblica o sotto gli imperatori. **44.** *b*) La revisione dei giudicati di assoluzione. Sua inesistenza nel periodo della repubblica. La revisione delle sentenze assolutorie e l' arbitrio imperiale.

38. — Detto dell' origine, del concetto, del fondamento e dei presupposti della *exceptio rei judicatae*, resta che

[28]) Scialoia, *L' exceptio rei judicatae nelle azioni popolari*, nell' *Archivio Giuridico* XXXI, 213 e seg.

si dica delle *eccezioni* che vi si apportavano. E qui bisogna osservare due cose. Innanzi tutto che l' esistenza di eccezioni ad un principio, lungi dal condurre a negare l' esistenza del principio medesimo, deve ritenersi come una conferma di questo, per il trito adagio che l' eccezione conferma la regola. In secondo luogo poi, che perchè si possa parlare di eccezioni ad una regola bisogna che vi sia il concorso di tutte le condizioni date le quali la regola si verifica e che ciò non ostante essa non si avveri. Da queste semplici osservazioni derivano due corollari pel caso nostro. In primo luogo si rende evidente l' errore di quegli autori, specialmente tedeschi, i quali prendendo le mosse dal celebre fatto delle Vestali, di cui appresso diremo, si fecero ad impugnare l' esistenza dell' istituto della cosa giudicata nel diritto Romano [1]). In secondo luogo si rende evidente l' errore degli antichi commentatori i quali, senza preliminarmente indagare sotto quali condizioni si applicasse in Roma il *ne bis in idem* e l' *exceptio rei judicatae*, si dettero a ricercare quali restrizioni vi si apportassero creando così un gran numero di pretese eccezioni forse rispondenti ai tempi in cui questi autori vissero, ma non certo esistenti nella mente dei giureconsulti romani.

39. — Esaminiamole infatti da vicino queste eccezioni, quali e quante, almeno, furono ritenute e ripetute da uno dei più insigni scrittori francesi moderni, lo Hélie [2]).

a) Una prima eccezione si vuol ritrovare nella l. 5, § 2, Dig. *Ad leg. Jul. de vi publ.* XLVIII, 6: « *Etsi pater injuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen extraneus*

---

[1]) Ma vedi la giusta confutazione della loro teoria in CARRARA, *Della rejudicata in criminale* nel *Giornale delle leggi*, 1878, pag. 59 e nota 1.

[2]) HÉLIE, *Traité de l' instruction criminelle*, Bruxelles 1863, vol. I, n. 1255, 1256.

sine quinquenni prescriptione reum postulare poterit: cum raptus crimen legis Juliae de adulteriis potestatem excedit». Da questa legge l' Hélie, generalizzando, trae il principio che « la première accusation, lorsqu' elle avait été arrêtée soit par le desistement soit par la transaction de l' accusateur, ne produisait plus l' exception » [3]). Ed io voglio ammettere come lecita questa generalizzazione. Ma mi domando: si trattava qui di una eccezione alla *exceptio rei judicatae?* In verità non mi pare. Perchè l' *exceptio rei judicatae* si dia, è necessario, lo abbiamo detto e lo dicono le stesse parole, che vi fosse una *res judicata* e perciò un *judicium*, una decisione, una pronunzia giudiziale. Ma qui ad una decisione non si era arrivati, dal momento che l' azione si era arrestata per la *remissione* della parte lesa: non si può quindi parlare di eccezione alla autorità della cosa giudicata, ma al più concludere che alla transazione non era concessa, nel caso contemplato nel testo, virtù estintiva dell' azione penale.

40. — *b*) Una seconda eccezione si ritrova nelle citate ll. 3, § 13, Dig. *de hom. lib. exib.*, XLIII, 29 e 3, § 2. Dig. *de praevaric.*, XLVII, 15: « La première accusation, dice il citato Hélie, même suivi de jugement, n' avait encore aucun effet si la procédure n' avait pas été regulièrement instruite; si, par exemple, l' accusateur par une coupable connivence avait alteré ou supprimé les preuves » [4]).

Anche qui l' Hélie pecca di generalizzazione e pecca tanto più in quanto, in tema di eccezioni l' interpretazione dovrebbe essere la più restrittiva possibile. Ma a parte ciò, è di una intuitiva evidenza che, in questo caso, si trattava di tutt' altro che di una eccezione al principio della cosa giudicata. Nei testi citati si parla di *praevaricatio prioris*

---

[3]) Hélie, *Traité*, I, n. 1255.

[4]) Hélie, *Op. cit.*, l. c.

accusatoris: non solo, ma anche di accertamento giudiziale e di condanna del prevaricatore; nè fa meraviglia che dopo il giudicato si ammetta una nuova accusa. Non bisogna dimenticare che la decisione, per poter produrre la *exceptio rei judicatae,* doveva esser *justa* e cioè non solo doveva applicare equamente la legge, ma doveva anche essere formalmente *legale,* non doveva peccare di nessuna irregolarità rituale. Ora quale maggiore irregolarità ed illegalità di quella che l'accusatore avesse prevaricato, in un sistema processuale, come il romano, in cui l'accusatore era colui che dirigeva il processo, che fissava i termini della questione, che quasi conduceva la mano del giudice nella emanazione del giudicato? E qui la prevaricazione non poteva neppure formare oggetto di dubbio perchè essa era stata legalmente accertata da una sentenza di condanna.

41. — *c*) E passiamo alla terza eccezione. Dice l'Hélie: « Enfin la première accusation demeurait comme non avenue, si l'absolution de l'accusé n'avait été due qu'au défaut de preuves; « *neque probaverit ideoque reus absolutus est* » [5]). Ma anche questa eccezione non sussisteva. Leggasi infatti per intero la l. 11 Cod. *de accus. et iscript.* IX, 2, di cui l'Hélie non riporta che un brano: « *Si quis homicidii crimen existimat persequendum secundum juris publici formam debebit eum qui in primordio homicidii postulaverit reum neque probaverit ideoque reus absolutus est praevaricationis arguere* ». Ora risulta egli da questa legge che si potesse riproporre l'accusa perciò solo che un nuovo accusatore avesse scoperto novelle prove a carico di un individuo assoluto per insufficienza delle medesime? A me non pare assolutamente. *Debebit eum .... praevaricationis arguere;* ci voleva adunque che il secondo ac-

---

[5]) Hélie, *Op. cit.,* l. c.

cusatore provasse la prevaricazione del precedente: si trattava sempre dello stesso caso che cioè l'accusatore si fosse lasciato corrompere, e allora, come abbiamo detto, poichè la sentenza era illegale, poichè mancava una condizione per l'esistenza dell' *exceptio rei judicatae,* non si poteva parlare di eccezione al principio. Del resto, che il sopraggiungere di nuove prove non bastasse per far riaprire i procedimenti, è detto chiaramente dalla l. 4, Cod. *De re judicata,* VII, 52: « *Sub specie novorum istrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari exemplo grave est* ».

42. — *d*) L'ultima eccezione la si ritrova, nella da noi citata, l. 7 § 2 Dig. *de accus.*, XLVIII, 2, e si aveva « si le second accusateur qui avait ignoré le prémier procès, avait à persuivre sa propre injure et si un grave interêt s' attachait à son intervention [6]) ». Ma si trattava veramente di una eccezione alla regola? Io penso di no. Per regola, e noi l' abbiamo detto, la seconda accusa doveva essere negata, anche ad un nuovo accusatore. Ma se la prima accusa non aveva tolto di mezzo ciò che ledeva il *populus,* se il precedente giudicato lungi dal dare soddisfazione alla vittima, le avesse nociuto, non doveva forse permettersi ad altri, nello stesso interesse pubblico, di ritentare l'accusa? Conveniva egli in questo caso di negare l'azione, o non piuttosto di concederla *magna ex causa?* Poteva egli dirsi consumata l'azione dal momento che non aveva raggiunto il suo scopo, cioè la punizione del fatto nel pubblico interesse? Si trattava dunque di una ipotesi in cui la regola non trovava e non poteva logicamente trovare applicazione, perchè la sua ragion d'essere era venuta meno; tanto vero che nella stessa l. 7 § 2 quest' ultima si trova affermata e confermata.

---

[6]) HÉLIE, *Op. cit.*, l. c.

Ed è così che si spiega anche la l. 4 § 2 Dig. *Ad leg. Jul. de adult.* XLVIII, 5.

« *Si ante extraneus instituerit accusationem an superveniente marito permittatur accusatio, quaeritur: Et magis arbitror,* dice Ulpiano (lib. 8 Disputationum), *hoc quoque casu maritum audiendum, si non negligentia praeventus est. Et ideo et si accusatione instituto, absoluta sit mulier extraneo accusante; tamen marito debet permitti restaurare accusationem si idoneas causas allegari possit, quibus impeditus non instituit accusationem* ».

È sempre lo stesso caso: si tratta di un crimine di adulterio; un estraneo, durante l'assenza del marito intenta l'accusa contro la moglie e questa viene assoluta; viene il marito che è il vero offeso dal reato: dimostra di essere stato impossibilitato ad intentare l'accusa, produce le prove irrefragabili della colpevolezza della moglie. Perchè gli si negherà ascolto? L'interesse pubblico è egli soddisfatto quando non lo è l'interesse della parte lesa? Forse che è giusto sol perchè un altro ebbe ad istituire ad insaputa e prima del marito l'accusa, che la moglie infedele vada libera della sua criminosa infedeltà coniugale, che si neghi a lui ed al popolo la dovuta riparazione e soddisfazione, specie in presenza di prove non discutibili di colpabilità?

43. — Come si vede, adunque, le pretese eccezioni dei commentatori più che eccezioni potevano dirsi applicazioni negative dell'*exceptio rei judicatae:* casi cioè in cui veniva a mancare qualcuna delle condizioni di esistenza e di applicabilità di essa o lo stesso fondamento su cui riposava; e allora era troppo naturale che il principio non venisse applicato. Ma si deve da ciò dedurre che non esistessero vere e proprie deroghe alla autorità della cosa giudicata. No, certamente; deroghe vi erano e talvolta era

bene che vi fossero, a fine di riparare alle iniquità giudiziarie di cui pure in Roma abbiamo deplorevoli esempi.

Così Publio Rutilio, uomo integro ed intemerato a quanto ci attesta Cicerone[7]) fu condannato *de repetundis;* e Cicerone esclamava: « *Maior mihi judicum et reipublicae poena illa visa est quam Rutilii*[8]); e Seneca ne citava i giudici al tribunale di tutta la posterità: « *Qui illum damnaverunt causam dicent omnibus saeculis*[9]). Ora in caso di iniqua condanna non vi doveva essere modo di annullarla? Certo che sì. — E dapprima fu il popolo che in forza della sua sovranità si arrogò tal diritto e sotto forma di un diritto di grazia; la *provocatio* del periodo regio e repubblicano cui seguiva il *judicium populi* si avvicinavano assai, come ho altra volta dimostrato[10]), al ricorso ed all' esame di un ricorso in grazia. Ma vi era anche un altro modo di cancellare gli effetti esiziali di una ingiusta condanna, venuto in uso specialmente negli ultimi tempi della repubblica, cioè la *in integrum restitutio* o *restitutio damnatorum* che costituiva un *extraordinarium auxilium* contro tutte le condanne definitive ed irrevocabili, ed assumeva la forma di legge votata espressamente dai comizi[11]). Molti casi se ne potrebbero citare: così quelli di Camillo[12]), di Popilio[13]), di Metello[14]), di Mario[15]), di Cicerone[16]). Ma pare tuttavia

---

[7]) CICERONE, *Pro M. Fonteio*, cap. 3.

[8]) CICERONE, *in Pisonem*, cap. 39.

[9]) SENECA, *De prov.*, 3.

[10]) Vedi ROCCO, *Amnistia, Indulto e Grazia nel Diritto penale Romano*, nella *Rivista Penale*, XLIV, fasc. 1, n. 6-10, spec. 9.

[11]) ROCCO, *Op. cit.*, n. 11-14.

[12]) TITO LIVIO, V, 46.

[13]) CICERONE, *Brutus*, 128.

[14]) DIODORO, 36.

[15]) APPIANUS, I, 70.

[16]) PLUTARCO, *Cicer.*, 45.

che se ne facesse abuso perchè Cicerone lo biasima vivamente appunto per la scossa che recava al principio della cosa giudicata. « *Neque vero illa popularia sunt existimanda judiciorum perturbationes rerum judicatarum infirmationes restitutio damnatorum qui civitatum adflictarum, perditis iam rebus, extremi exitiorum solent esse exitus* » [17]). E dire che questa stessa *restitutio damnatorum* da lui così aspramente biasimata, doveva più tardi beneficare lui stesso! [18]). Caduta la repubblica, gli imperatori ereditarono il potere che apparteneva al popolo. La l. 27 pr. Dig. *De poenis* XLVIII, 19 afferma che il condannato poteva non solo chiedere all'imperatore una diminuzione graziosa di pena ma anche ottenere la *restitutio in integrum* mediante la quale si annullava la sentenza di condanna e si restituiva il condannato alla libertà ed alla condizione giuridica in cui si trovava prima della condanna. « *Si tamen de se quis mentitus fuerit vel cum non haberet probationem instrumenta quae postea repererit poena afflictus sit; nonnulla extant principalia rescripta quibus vel poena eorum minuta est vel in integrum restitutio concessa; sed id dumtaxat a principibus fieri potest.* »

In tre casi troviamo affermato questo *ius supplicandi:* *a*) in caso di condanna fondata su false testimonianze [19]), *b*) in caso di condanna resa su confessione dell'accusato [20]), quando in seguito venisse a dimostrarsi la sua innocenza, *c*) in caso di condanna basata su di una iniqua sentenza [21]).

---

[17]) Cicerone, *De lega agraria,* II, 4, 10.

[18]) Sulla *restitutio* di Cicerone vedi il citato mio lavoro al n. 12 dove se ne tratta lungamente.

[19]) Fr. 33 *De rejudicata,* XLII, 1. Vedi pure Nov. 115, cap. 5.

[20]) Fr. 1, § 27, *De quaestionibus,* XLVIII, 18.

[21]) Vedi fr. 17, *De minoribus viginti quinque annis,* IV, 4; e vedi pure sui casi di revisione in Diritto romano Alimena, *La revisione dei giudicati penali,* negli *Atti del IV Congresso giuridico Nazionale.* Napoli 1897, vol. I. Relazioni della Sezione di diritto penale, pag. 76.

44. Questo che abbiamo detto riguarda la revisione della sentenza di condanna. Ma era egli possibile la revisione delle sentenze assolutorie? Si cita sotto la repubblica il fatto delle *Vestali* che accusate d' incesto coi sacerdoti e dai pontefici assolute, furono nell' anno 638 A. C. nuovamente sottoposte a giudizio e condannate su ordine del popolo[22]). Ma fu questo — si domanda dubbioso il Carrara[23]) — l' effetto di un ordinamento regolare ed ordinario, o piuttosto di un impeto popolare? Per me non v' è dubbio che l' ultima ipotesi sia la vera. Si sa infatti che, dopo la sentenza di assoluzione, il popolo spaventato dai prodigi credette che gli Dei fossero irritati di tale decisione: un tribuno accusò il collegio dei pontefici di aver mal giudicato e domandò al popolo che si nominasse un questore *extra ordinem* « *qui de incesto quaestionem exerceret* »; e si nominò così Lucio Cassio che pronunciò la condanna delle Vestali. D' altronde è noto che il crimine d' incesto era ritenuto come un presagio funesto e non vi sarebbe stato nulla di strano che si adottassero per esso delle repressioni eccezionali. Nè prova di più il passo di Cicerone in cui dichiara che, se le *quaestiones* avessero pronunciato l' assoluzione di Verre, egli si proponeva di tradurlo dinanzi al popolo stesso: « *Hanc ego causam cum agam beneficio populi romani suffragiis eripere, aut a me ullum munus edilitatis amplius aut gratius populo romano esse possit* ». Già è certo che Verre essendo stato condannato, il secondo giudizio popolare non vi fu; ma chi può dirci che ove fosse stato assoluto il desiderio di Cicerone sarebbe stato appagato? D' altronde il modo stesso con cui Cicerone formula il suo proposito non dimostra egli l' eccezionalità ed irregolarità di questo

22) Tito Livio, XVIII, 5 e seg.
23) Carrara, *Della rejudicata in criminale*, pag. 59, nota 1.

secondo giudizio, che egli sperava possibile solo con l'avvalersi della sua qualità di edile?

La revisione delle sentenze assolutorie non era ammessa dunque nel periodo della repubblica. Ma non vorrei dire lo stesso dei tempi dell'impero [24]). L'autorità della cosa giudicata non poteva formare ostacolo all'assolutismo degli imperatori e non mancano infatti esempi di nuovi procedimenti per lo stesso crimine contro accusati già processati ed assolti: Svetonio [25]) e Plinio [26]) ci narrano di Cornelia la prima e più antica delle Vestali (*Corneliam maximam virginem*) dapprima dichiarata non colpevole (*olim absolutam*) e poi, per ordine di Domiziano, di bel nuovo tradotta in giudizio, accusata e condannata ad essere seppellita viva nel *campus sceleratus* (*de hinc longo intervallo repetitam atque convictam defodi imperavit*) Il Le Sellyer [27]) ed il Laurens [28]) dicono che nulla prova si trattasse dello stesso incesto perchè tanto Svetonio che Plinio non parlano di questa circostanza. Ma perchè allora lo avrebbero tacciato di crudeltà e di tirannia? D'altronde si sa che Domiziano fu uno degli imperatori meno ossequenti dell'autorità dei giudicati, e molti ne rescisse sotto il pretesto che fossero ambiziosi (*ambitiosas centurionum sententias rescidit* [29]). Un altro

---

[24]) Il Püttmann, *Elementa iuris criminalis*, § 973 ammette l'esistenza in diritto romano della revisione delle sentenze assolutorie senza distinguere fra il periodo della repubblica e quello dell'impero. L'Alimena, *Op. cit.*, pag. 77 seguendo il Carrara, *Op. cit.*, l. c. non si pronunzia.

[25]) Svetonio, *Domitionus*, c. 8.

[26]) Plinio, *Epistulae*, lib. IV, XI.

[27]) Le Sellyer, *Trattato dell'esercizio e dell'estinzione delle azioni pubblica e privata nascenti dai reati*, vol. II, Torino 1889, n. 638.

[28]) Laurens, *Op. cit.*, pag. 49.

[29]) Vedi ciò che dice il Nicolini, *Procedura Penale*, Livorno 1858, n. 872.

esempio lo abbiamo in Tiberio che, a detta di Dione [30]), fece giudicare e condannare nuovamente, sotto l'influenza di Seiano, alcuni individui già assoluti. E non pare che fossero soltanto i tiranni a ordinare nuovi procedimenti contro imputati assolti. Lo stesso Traiano, che pure fu uno degli imperatori più giusti ed umani, fece, a quel che racconta Plinio [31]) ricominciare il processo contro alcuni affrancati già accusati di assassinio del loro padrone ed assoluti « *Postea mater adiit principem, adfirmavit se novas probationes invenisse. Praeceptum est Serviano* (il giudice che aveva assolto) *ut vacaret finitam causam retractandi si quid novi adferret* ». La madre della vittima non avendo portato nessuna nuova prova gli affrancati furono di nuovo assolti. Ma pare che si trattasse di un uso vecchio e non riprovato perchè Plinio ne parla come di cosa solita e naturale. Con ciò non voglio dire che esso fosse riconosciuto legislativamente. Questo no. — Il caso di Traiano p. es. è in piena antitesi con la legge che, come abbiamo visto, vietava di riprendere il processo « *sub specie novorum instrumentorum* » e, quanto al passo del Digesto che afferma: « *Reus evidentioribus argumentis obpressus repeti in quaestionem potest maxime si in tormenta animus corpusque duraverit* [32]) non prova niente perchè non si riferisce alla ripetizione del giudizio, dopo emanato un giudicato, ma alla ripetizione dell' interrogatorio, e prima che una sentenza fosse pronunciata. Dico solo che, sia pure arbitrariamente, gli imperatori si arrogarono, in fatto, la facoltà di rivedere i processi chiusi con l'assoluzione dell' accusato: se questa facoltà non si trova consacrata dalla legge, vuol dire soltanto che si trattava di un eccesso di potere.

---

30) DIONE, lib. 58.

31) PLINIO, *Ep.*, lib. 7, epist. 6.

32) Fr. 18, § 1, *De quaestionibus*, XLVIII, 18.

Sezione seconda. — Il diritto intermedio fino alle vigenti legislazioni.

Capitolo I. — L' Epoca germanica.

45. — *A*) L' autorità della cosa giudicata criminale nel periodo barbarico 1) Le *leggi Romane dei barbari: Edictum Theodorici, Edictum Atalarici* — **46.** 2) Le *leggi barbariche propriamente dette a*) leggi del gruppo goto: *Lex Wisigothorum* — *Lex Burgundionum* — **47.** *b*) Leggi del gruppo svevo: *Lex Alamannorum* — *Lex Bajuvariorum* — **48.** Leggi del gruppo franco: *Lex Salica* — il concetto dell' autorità della cosa giudicata nella legge Salica — Le *formulae* (*securitates*): formule di Marcolfo, di Lindebrog, di Sismondo — **49.** *B*) L' autorità della cosa giudicata criminale nel periodo carolingio — Il principio " *non bis in idem* " nei *Capitolari* di Carlomagno e le falsificazioni di Benedetto Levita — **50.** Il *Capitolare missorum* dell' 805 ed il concetto dell' autorità della cosa giudicata criminale nel diritto della monarchia franca — Opinione dell' Esmein — **51.** Il *judicium Dei* e la sua autorità — **52.** *C*) L' autorità della cosa giudicata criminale nel periodo feudale — I giudicati degli *scabini* — La cosa giudicata nella *lex romana Udinensis* e nelle *Assise di Gerusalemme* — La cosa giudicata fino al XIII secolo.

45. — È sommamente interessante, specialmente dal punto di vista storico, il ricercare se ed in qual modo i popoli barbarici invasori abbiano riconosciuta l' autorità della cosa giudicata nella materia criminale. Come si sa il diritto romano, anche penale, rimase in parte in uso pei vinti romani, durante i tempi barbarici; e di esso si formarono compendi che vanno sotto il nome di *leggi romane dei Barbari;* in queste troviamo naturalmente riprodotte le massime romane specialmente di diritto formale riguardanti la cosa giudicata; così vi si trova considerata come producente la *res judicata*, la sentenza valida ed inappellabile.

Edictum Theodorici V: « *Sententia non praesentibus partis dicta* NULLIUS MOMENTI SIT » [1]).

---

[1]) Vedi in Canciani, *Barbarorum leges antiquae*, Venetiis 1791-1792, tomo I, pag. 5.

Edictum Atalarici CXI: « Appellari a subiecto judicibus ordinariis IN UNA CAUSA SECUNDO NON PATIMUR; *ne quod ad remedium repertum est innocentis asylum quemadmodum videatur esse criminosis. Si quis vero vetera iterare tentavit negotio privato abscedit »* [2]).

46. — Nelle leggi propriamente *barbariche* o *popolari* (codici gentilizi) pare a noi di poter affermare che l' autorità della cosa giudicata criminale trovasse pure il suo espresso riconoscimento. Chiarissime sono le disposizioni della *Lex Wisigothorum* sulla cosa giudicata: in essa si trova detto che le liti una volta definite, purchè lo siano legalmente, non debbono potersi più risuscitare.

« *Quocumque caussarum negotia inchoata sunt, nondum vero finita secundum has leges terminare sancimus. Illas autem causas quae antequam istae leges a nostra gloria emendarentur* LEGALITER DETERMINATAE *sunt, idest, secundum legum modum quis ab anno primo regni nostri in praeteritis observatus est,* RESUSCITARE NULLA TENUS PATIMUR. *Sane leges adiciendi si iusto novitas causarum exegerit principalis electio licentiam habebit: quo ad instar prosentium legum plenissinum oblinebunt »* [3]). Ma se il giudice per ignoranza o per corruzione avesse mal giudicato, il giudicato non aveva nessuna autorità e in caso di corruzione il giudice era anche sottoposto ad una pena:

« *Si autem per ignorantiam iniuste iudicaverit et sacramento potuerit excusare quod non per amicitiam vel cupiditatem vel quodlibet commodum sed tantum ignoranter hoc fecerit, quod* JUDICAVIT NON VALEAT *et ipse judex non implicetur in culpa »* [4]). La stessa eccezione,

---

[2]) CANCIANI, *Op. cit.*, tomo I, pag. 5.

[3]) Vedi in CANCIANI, *Op. cit.*, *Lex Wisigothorum*, lib. II, 13, tomo IV, pag. 89.

[4]) *Lex Wisigothorum*, II, 1, 20 in fine.

che evidentemente conferma la regola, troviamo nella *Lex Burgundionum*, essa pure appartenente al gruppo gotico:

« *Si quis sane judicum tam barbarus quam romanus per simplicitatem aut negligentiam preventus forsitan* NON EA QUAE LEGES CONTINENT JUDICAVIT *et ea corruptione alienus est XXX solidos romanos se noverit inlaturum caussa denuo partibus iudicanda* » [5]).

47. — Passando alle leggi del gruppo svevo, non meno perspicue ci si presentano le disposizioni della *Lex Alamannorum*. Colui che si fosse rifiutato di riconoscere la giustizia del giudicato, quando questo effettivamente fosse giusto, era condannato a pagare « *duodecim solidos judici* »:

« *Si autem ille qui judicium audire debet illius qui ad judicandum constitutus est judicum contemnit dum ille juste judicaverit et dedignatur eum audire et spernit eum et arguit coram aliis et dicitur: Non recte judicas; ille contemptor qui judici injuriam fecit solvat duodecim solidos judici illo et post haec non contemnat audire justum judicium, quia sic convenit Duci et omni populo in publico concilio* » [6]). Ma la stessa pena nel caso di ingiusta sentenza toccava al giudice, il quale era anche obbligato a risarcire il condannato del danno che dalla ingiusta condanna gli fosse derivato.

« *Si autem per cupiditatem aut per invidiam alicuius aut per timorem contra legem judicaverit cognoscat se deliquisse et duodecim solidos sit culpabilis cui injuste judicavit; et quod per illum damnum passus est injuste ille judex restituat ei* [7]). » Ed era tanta l' omogeneità delle concezioni giuridiche barbariche che nella *Lex Bajuvariorum* si trova una disposizione quasi consimile in cui

---

[5]) *Lex Burgundionum, Praefactio.*

[6]) *Lex Alamannorum*, XLI, 3.

[7]) *Lex Alamannorum*, XLI, 2.

pure si accenna incidentalmente e si conferma con una eccezione il principio della *firmitas judicati*.

« *Si vero nec per gratiam nec per cupiditatem sed per errorem* INJUSTE JUDICAVIT, *judicium ipsius in quo errasse cognoscitur non* HABEAT FIRMITATEM *judex vacat a culpa* » [8]).

48. — Se dalle leggi del gruppo svevo passiamo a quelle del gruppo franco, troviamo pure ivi esistente il concetto di una autorità della cosa giudicata. Ma è sempre il medesimo concetto, ed assai diverso dal concetto moderno. Già nelle citate disposizioni della legge degli Alamanni esso si trova implicitamente espresso; ma nella legge *Salica* si rivela ad assai più chiare note. Nell'antico diritto franco il giudicato non aveva il carattere che presenta oggi. La decisione con cui i *Rachimburgi* fissavano la somma che si era condannati a pagare a titolo di composizione per isfuggire alle rappresaglie degli avversari, non era *obbligatoria* di pieno diritto [9]). Ci voleva in massima (salvo nei casi di condanna a pena corporale) che essa fosse *accettata* dal condannato, che ricevesse il suo assentimento e la sua adesione [10]). Tutto il titolo L della *Lex Salica* ci parla dell'adesione del condannato al giudicato di condanna, la quale era come un ricambio della rinunzia fatta

---

[8]) *Lex Bajuvariorum*, tit. II, cap. 19. Sull'annullamento del giudicato in caso di errore o prevaricazione nelle leggi barbariche vedi in genere DAVOUD OGHLOU, *Histoire de la législations des ancien Germains*, vol. I, pagg. 141 e 435.

[9]) Cfr. THONISSEN, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pènale de la Loi Salique*, 2.ª Ediz., Bruxelles-Paris 1892, pag. 437-438. Ma non si può dire col THEVENIN, *Contributions à l'histoire du droit germanique*, pag. 71 ivi citato che il *judicatum* dei Rachimburgi non fosse perciò una sentenza: era bensì una sentenza ma non nel concetto che noi attribuiamo oggi a questa parola.

[10]) Vedi su ciò SIEGEL, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, pag. 219 e segg.; THONISSEN, *Loi Salique*, pag. 462 e seg.

dalla parte avversaria all' esercizio del diritto di vendetta. Ma non si creda però che in tal modo l' efficacia della decisione (*judicatum*) rimanesse alla discrezione dell' interessato. Per ottenere l' assenso del condannato vi erano mezzi di coazione indiretta, giacchè se egli lo rifiutava, era messo fuori della legge e poteva essere impunemente ucciso dal primo venuto [11]). E questa adesione dicevasi « *de lege fidem facere* » cioè promettere, far fede di obbedire ed eseguire la decisione del giudice che appunto perchè *facit ius inter partes*, si chiamava *lex* [12]). Ma una volta resa la decisione, ed accettata, tutto ci porta a credere che, non solo si dovesse immediatamente eseguire, ma sulla questione con essa risoluta non potesse più tornarsi a discutere [13]). Una conferma l' abbiamo nel titolo LIV della legge Salica:

« *Sacebaronis vero plus in singuli mallobergis quam très non debent esse, et si de causas aliquid id est quod eis solvitur dixerint, hoc ad grafionem non requiratur unde illi securitatem fecerunt* ». Risulta da questo testo che i *Sacebarones* erano incaricati, in concorso col Conte, nei limiti di ciascun *Malberg*, di percepire il *fredo* o parte della composizione che spettava al fisco del re dopo una condanna criminale; ma quando quelli avessero dichiarato che una composizione a loro rimessa, era stata pagata, il Conte (*Grafio*) non poteva più esigerla, appunto perchè col pagamento della penalità l' obbligazione relativa era sodisfatta ed esaurita [14]).

---

11) Thonissen, *Loi Salique*, pag. 482 e seg.

12) Thonissen, *Loi Salique*, pag. 464 e 465. *Lex Salica*, 56, 57. Vedi anche Pertile, *Storia del Diritto Italiano*, vol. VI. parte II, Padova 1887, pag. 683 e nota 11.

13) Cfr. Laurens, *Chose jugée*, pag. 74.

14) Thonissen, *Loi Salique*, pag. 65 e Sohm, *Die Altdeutsche Reichs und Gerichtsverfassung*, tomo I, pagg. 84-91. Diversa inter-

Si trattava dunque dell' esecuzione di un giudicato di condanna criminale e la pena una volta inflitta, il condannato non doveva più molestarsi appunto pel rispetto della cosa giudicata.

Il nome stesso delle *Formulae* che si rilasciavano in seguito alle decisioni criminali, conferma questa interpretazione; esse infatti si dicevano *securitates* appunto perchè avevano per iscopo di garentire l' accusato condannato o assolto, contro ogni nuova accusa e persecuzione da parte dell' offeso e dei parenti di lui, di porlo a riparo della vendetta privata. E ne troviamo parecchie di queste *securitates*. Leggasi p. es. la formula XXII, libro II, di Marcolfo (princ. sec. VIII).

« *Hanc epistolam securitatis in te nobis conscribere complacuit, ut de ipsa morte germani nostri, nec a me, nec ab heredibus meis, nec a suis, nec de judiciaria potestate, nec a quolibet, nullo casu, nec refragationem aliquam aut damnationem amplius habere non pertinescas sed in omnibus exinde ductus et absolutus appareas* ». Ma altre ve ne sono generalmente posteriori: così le formule CXX, CXXIII e CXXV di Lindebrog (princ. sec IX) e la XXIX di Sismondo. Riporto quest' ultima:

« *Ideo placuit mihi ut hanc editionem in te adfirmare deberem quod ita et feci ut si apud me de ipsis rebus in rationes vel in judicium introieris et ipsa causa actes nos legibus definita fuerit et mea injusta fuerit accusatio comprobata de eadem causatione omnique tempore quietus resideas et sumptus vel expensas superius nominatas, quibus suo necessitatibus suis me compellente visus expendisse, secundum legis ordinem, transacto litis tempore, partibus tuis cogar restitui, et pro rei totius*

pretazione ha il Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle 1842, pag. 418 e seg.

firmitate aut edictionem nam propria subter firmari et bonorum virorum reprobandam dureri » [15]).

Cosi dunque nella legge come nella pratica rappresentataci dalle formule vigeva l'autorità della cosa giudicata. Ma a questa, come abbiamo visto, non mancavano eccezioni. Anche la legge Salica, come tutte le altre leggi dei Barbari, si preoccupa dei giudicati ingiusti ed illegali. Quando i *rachimburgi* per ignoranza o per corruzione avessero giudicato contrariamente alla legge, erano condannati ad una ammenda di 15 soldi ed i loro giudicati venivano annullati per mezzo di un nuovo giudizio che si dibatteva fra il condannato ed i giudici autori della rentenza pretesa illegale, e che aveva perciò più della revisione che dell'appello [16])

49. — Che avvenne dell'autorità della cosa giudicata criminale nel periodo carolingio? Dovremmo dire che essa fu certamente riconosciuta perchè nei *Capitolari* di Carlomagno troviamo una regola la cui chiarezza non potrebbe essere maggiore e che ci appare come una ripetizione del noto frammento di Ulpiano: « *De his criminibus de quibus absolutus est accusatus refricari accusatio non potest* » [17]); ed altrove si aggiunge: « *ab eo qui accusavit* » [18]). Ma non si sa quanta fede si possa attribuire a questo *Capitolare*. Esso infatti si trova nella collezione di Benedetto Levita, le cui falsificazioni sono troppo note perchè vi sia bisogno di ricordarle [19]). E

---

15) Cfr. Canciani, *Barbarorum leges antiquae*, tomo III, pag. 444.

16) Cfr. *Lex Salica*, tit. LVII. Thonissen, *Loi Salique*, pag. 495-497. Vedi pure Beaudouin, *La partecipation des hommes libres au jugement* nella *Nouvelle Revue Historique*, 1887, pag. 497.

17) Libro VII, Capitulare 163, Baluze Edit. de Chiniac 178?, tom. I, *ivi* col. 1060.

18) Libro VII, Capitolare 291 *ivi* col. 1090.

19) Vedi ciò che ne dice lo Schupfer, *Manuale di Storia del Diritto Italiano*, Roma 1885, pag. 124-125.

che nel caso si tratti di una falsificazione — e questa abbastanza smaccata — non mi pare che possa esser gran che dubbio. L'autore, quasi certamente, ha attinto al diritto canonico: nelle *Decretali* di Gregorio [20]) troviamo infatti una regola *ex concilio Maguntino* della cui identità col *Capitolare* su riportato non si potrebbe far questione, perchè non vi è una parola cambiata.

Dobbiamo dunque credere che non si tratti di un *Capitolare* di Carlomagno, bensì di una *Decretale* di Gregorio gabellata dall'autore per *Capitolare* [21]).

50. — Ma ciò non vuol dire che nel diritto carolingio l'autorità della cosa giudicata criminale non fosse riconosciuta; solo che il concetto era assai diverso da quello romano. Nel *Capitulare missorum in Theodonis villa datum secundum* dell'805 si trova, all'ottavo capitolo, questa notevole disposizione:

« *De clamatoribus vel causidicis qui nec judicium scabinorum adquiescere nec blasfemare volunt, antiqua consuetudo servetur id est ut in custodia recludantur donec unum e duobus faciant. Et si ad palatium pro hac re reclamaverint et litteras detulerint, non quidem eis credantur nec tamen in carcere ponantur sed cum custodia et cum ipsis litteris pariter ad palatium nostrum remittantur, ut ibi discutiantur sicut dignum est* » [22]).

Questo passo si può tradurre così: « Quanto ai querelanti ed ai difensori che non vogliono nè acquietarsi al giudizio degli scabini nè accusarlo di falsità, si osservi l'antica consuetudine, vale a dire che siano imprigionati

---

20) *Decretali di Gregorio IX*, lib. V, tit. I, num. 6.

21) Anche il LAURENS, *Op. cit.*, pag. 76 è di questa opinione.

22) BORETIUS, *Capitularia*, pag. 123. Questo testo si trova anche nel *Capitularium* di ANSEGISO abate di Fontanella (III, 7) sotto la rubrica « *De clamatoribus et causidicis* ».

e guardati fino a tanto che non facciano l'una o l'altra cosa. E se per questo fatto essi abbiano reclamato al tribunale del Palazzo ed abbiano apportato le loro lettere giustificative, non si creda loro e nemmeno li si metta in prigione, ma sotto buona guardia siano diretti verso il nostro Palazzo con le loro lettere perchè queste siano esaminate come si deve » [23]).

Questa disposizione, che per noi moderni ha un certo sapore di stranezza, si spiega tuttavia per poco che ci si richiami alle concezioni barbariche.

Abbiamo visto, specie nella legge Salica, la forza obbligatoria della sentenza di condanna dipendere dall'adesione del condannato. Qui la cosa non è molto diversa e forse l'« *antiqua consuetudo* » della legge accenna appunto a queste origini. Perchè il giudicato potesse opporsi in modo obbligatorio alle parti bisognava che queste lo accettassero [24]); esse potevano anche non accettarlo, ma allora dovevano accusarlo di falsità: *blasfemare judicium* [25]). Ma occorreva tuttavia che si decidessero a seguire l'una o l'altra via perchè non doveva dipendere dall'ostinazione dell'interessato l'arrestare il corso della giustizia: se no, poichè della formale manifestazione della volontà consenziente delle parti non si poteva fare a meno, si adoperavano mezzi di coazione indiretta a fine di strappar loro quel consenso che non si mostravano disposti a concedere [26]). Se così è,

---

[23]) Cfr. Esmein, *La chose jugée dans le droit de la monarchie franque*, nella *Nouvelle Révue Historique de droit français et étranger*, XI (1887) 545 e segg.

[24]) Esmein, *La chose jugée*, pag. 547. Vedi anche, ma brevemente, il Salvioli, *Manuale di Storia del Diritto Italiano*, Torino 1899, n. 378, pag. 570-571.

[25]) Sulla *blasphematio judicii* vedi Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, II, 13, pag. 188. Esmein, *La chose jugée*, pag. 549-551.

[26]) Esmein, *La chose jugée*, pag. 548.

il *Capitolare* dell' 805 riguarda anch' esso l' autorità del giudicato, secondo il concetto primitivo che di essa si aveva in quell' epoca. E questo risultato è confermato da altri testi dell' epoca merovingia e carolingia. Un passaggio di Gregorio di Tours parla di questa indispensabile adesione al giudicato « *Iudicatum est ut se insontem redderet sacramentum: sed his non acquiescentibus* » [27]); ed anche il *Capitulare Saxonicum* [28]) e quello di re Pipino [29]) ci mostrano parti che prestano o rifiutano il loro consenso alla decisione del giudice. E questa decisione che di buona o di mala voglia veniva accettata dalle parti è appunto quella che i testi chiamano *finitiva* o *definitiva sententia* [30]) perchè effettivamente era l' unica che ponesse fine alla lite [31]). Le decisioni dei *Conti* non avevano di per sè stesse nessuna autorità, prima che fossero accettate da tutte le parti, le fonti dicono: *recte non finitur: minime finitum est* ad indicare questo difetto di autorità [32]). E naturalmente esse non legavano neppure i giudici che le avevano rese e questi potevano modificarle fino a tanto che il consenso delle parti non le avesse rese irrevocabili [33]). Talvolta anzi vi erano costretti con la forza. Un passo (c. 6) della *praeceptio* di Clotario II reca:

---

27) Gregorio di Tours, *Historia Francorum*, VII, 23.

28) *Capitulare Saxonicum*, 797, c. 4. Boretius, pag. 71: « *Hoc etiam statuerunt ut qualiscumque causa infra patriam cum propriis vicinantibus pacificata fuerit ibi solito more ipsi pugenses solidos duodecim pro discritione accipiant* ».

29) *Pippinis Regis Capitulare*, 754-755, c. 7: « *Si aliquis homo..... de causa sua ante comite in mallo fuit antera cimburgiis et hoc sustinere noluerint quod ipsi ei legitione judicaverint* ».

30) Vedi, ad esempio Rozière, *Recueil de formules*, n[i] 10-13.

31) De Rozière, *Recueil*, 435-436.

32) Esmein, *La chose jugée*, pag. 548.

33) Esmein, *La chose jugée*, pag. 556.

« *Si judex alequem contra legem injuste damnaverit..... quod perpere judicavit versatim melius discussione habeta emendare procuret* » [34]).

Ma qui bisogna fare due avvertenze. La prima è questa: che non si deve confondere l'adesione in parola con la *fides facta* cioè la promessa di eseguire il giudicato che abbiamo trovato nella legge Salica [35]). Benchè ambedue siano l'applicazione di un medesimo principio, pure esse differiscono l'una dall'altra in ciò, che l'una era necessaria perchè esistesse giuridicamente un giudicato (fosse esso di condanna o di assoluzione) e doveva prestarsi da ambedue le parti, l'altra era necessaria perchè la condanna divenisse esecutiva e non doveva prestarsi che da parte del condannato. In secondo luogo poi bisogna avvertire che l'adesione non si richiedeva se non quando si trattava di un giudicato che condannasse ad una pena pecuniaria, non in caso di condanna a pena afflittiva. « L'idée même de peine afflictive - dice l'Esmein [36]) - l'exclut nécessairement. Le comte prononçait et faisait appliquer de semblables condamnations au nom de l'interêt public en vertu d'une sorte d'*imperium* ».

51. — Infine occorre brevemente accennare ad un'altra istituzione per cui la procedura criminale barbarica, come la feudale di cui appresso diremo, differivasi grandemente dalla romana: parlo del *judicium Dei* o *ordalia*. Come è noto il giudizio di Dio era una prova giudiziaria con la

34) Confonde invece l'una con l'altra il Kovalevsky, *Coutume contemporaine et ancienne loi*, Moscove 1886, pag. 597 giustamente confutato da Esmein, *La chose jugée*, pag. 548, nota 4. Sulla promessa di eseguire il giudicato vedi il Siegel, *Geschichte*, pag. 219.

35) Esmein, *La chose jugée*, pag. 547, nota 2.

36) Sui giudizî di Dio e sulle prove giudiziarie in genere vedi Patetta, *Le Ordalie*, studio di storia del diritto e di diritto comparato, 1890; Zorn, *Beweisverfarhen der Longobarden*, 1872.

quale si chiedeva l' intervento divino perchè si pronunziasse a favore di chi aveva ragione, e consisteva nel duello, nella prova dell' acqua bollente, del ferro rovente. Se l' accusato ne usciva sano e salvo si diceva che la divinità era intervenuta per proteggere un innocente ingiustamente accusato; se no, lo si considerava come colpevole. Quale fosse l' autorità del *judicium Dei* non occorre neppur dire, data la cieca ignoranza e le superstiziose credenze di questi popoli primitivi: esso era definitivo e troncava nel modo più irrevocabile ogni questione di colpabilità: poichè la divinità aveva parlato, a nessuno, giudice o parte, doveva essere dato di disobbedirle e di discutere il giudizio da essa emanato [37]). Il sistema dei duelli giudiziari, in Italia specialmente in vigore al tempo dei Longobardi, esisteva in tutte le altre nazioni: in Germania fu consacrato dallo Specchio Sassone [38]), in Inghilterra dal diritto Normanno; in Francia si diceva *gage de bataille* [39]).

52. — Passiamo al diritto feudale. E qui occorre far menzione anzitutto dell' autorità dei giudicati degli *scabini*, le cui decisioni vennero formando un diritto giudiziario o consuetudinario che si voglia dire, che ebbe non lieve influenza sull' evoluzione giuridica. E questi giudicati ebbero talvolta anche valore di leggi: spesse volte infatti nei giudizi del medioevo avveniva che la norma di legge applicabile al caso mancava, e allora poichè la norma non vi era gli scabini dovevano trovarla: *inveniebant sententiam* e queste sentenze naturalmente creavano diritto, *ius faciebant* e si ritenevano come vere e proprie leggi su cui

---

37) *Sachsenspiegel*, Buch. I, art. LXIII; KREIS, *Beweis in Strafrecht*, 1878.

38) LEE, *Superstition and force*, 1866.

39) BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, tomo II, LXIV, pag. 433, ed. Beugnot; DECLAREUIL, *Preuves judiciaires dans le droit franc. du V a VIII siècle*, nella *Nouvelle Révue Historique*, 1897.

nè dalle parti nè dal giudice potevasi discutere più [40]). Quanto alle *consuetudines feudorum* nessuna disposizione sulla autorità della cosa giudicata criminale ci fu possibile trovare. Ne parla invece un altro monumento italiano di diritto feudale, la così detta *Lex Romana Udinensis* secondo altri *Raetica Curiensis* che si vuole appartenere al secolo IX [41]). Vi si afferma anzitutto il principio della immutabilità del giudicato.

Lex Romana Udinensis, lib. IV, 14 Imp. vol. Data XV Kal. Ian.: « *Omnes judices specialiter sciant ut sic inter duos causatores ipsorum causas inquirere debeant ut ipsi causatores toto sua causa per ordinem dicant, et postea judex sic inter eos directum judicium det; postea vero quod de ipsa causa inter eos fuerit judicatum secundumlegem nullus de ipsos se exinda mutare non potest* » [42]).

L'esecuzione del giudicato di condanna (*lex*) poteva dilazionarsi per un certo tempo, ma dopo occorreva procedere alla attuazione della pena in esso contenuta.

Lex Romana Udinensis, lib. XI: « *Si alicui homini videtur ut de sua causa injuste convinctus fuisset de ipsa causa iterum ante tercium mensem adversario suo noticia faciat et infra ipsos his tuentes ante judicem ipsam causam deliberent. Nam si tres menses tacuerit; poena quam in lege ei data fuerit adimpleat* » [43]).

Tutto ciò che abbiamo detto riguarda il diritto feu-

---

[40]) Sui giudicati degli scabini vedi SCHUPFER, *Manuale di Storia del Diritto Italiano*, pag. 148.

[41]) Cfr. SCHUPFER, negli *Atti della R. Accademia dei Lincei*, vol. VII, serie III e vol. X, serie III e *Manuale* cit., pag. 149 e seg. Ma vedi per diversa opinione lo ZANETTI, *La legge romana Reticacoirese o Udinese*, Milano 1899.

[42]) CANCIANI, *Barbarorum leges*, IV, pag. 483.

[43]) CANCIANI, *Op. cit.*, tomo IV, pag. 496.

dale longobardo: quanto a quello franco che dominò nell'Italia meridionale, portatovi dai Normanni, e anche nel Piemonte e nella Savoia, occorre attingere alle fonti che lo contengono per averne qualche notizia. Tali sono appunto le *Assisie di Gerusalemme* dalle quali, a dir vero, risulterebbe che a questo diritto l'autorità della cosa giudicata criminale fosse un istituto sconosciuto. Vi è in esse infatti una strana disposizione che si può riportare, più che altro, a titolo di curiosità storica. Quando un individuo veniva accusato di aver cagionato la morte di un uomo per mezzo di parecchie ferite, si ammettevano tante accuse e tanti accusatori quante erano le ferite mortali. Se l'accusato si riteneva innocente, poteva, per giustificarsi sfidare il primo accusatore al duello giudiziario: ma s'egli vinceva, un nuovo accusatore si presentava e poteva addurre che la ferita che aveva cagionata la morte non era quella indicata dal primo accusatore ma un'altra [44]), Così l'accusato riconosciuto innocente per mezzo dell'ordalia, doveva riprendere il combattimento sempre con nuovi campioni fino a tanto che egli non fosse perito o il numero degli accusatori non si fosse esaurito. Il Laurens [45]) che riporta questa bizzarra disposizione, nota giustamente: « Dans ces conditions la preuve de l'innocence et la protection résultant de la chose jugée ètaient, il faut le réconnaître, bien péniblement acquises ».

Quanto all'autorità della cosa giudicata, nel secolo XI, in Italia troviamo ancora l'uso di obbligarsi per mezzo di carta contenente il processo e la sentenza, a fare quanto questa imponeva ed anzi questa pratica durò fino al secolo XII [46]).

---

[44]) *Assises de Jerusalem*, Ch. XCIV, ed. Beugnot, pag. 154.

[45]) LAURENS, *De l' autorité* ecc., pag. 78.

[46]) Cfr. FICKER citato da SALVIOLI, *Storia del Diritto Italiano*, Torino 1899, pag. 574.

Anche il Pertile [47]) afferma che nel secolo XII le parti esigevano l'una dall'altra la *Wadia* ossia la formula promessa di stare alla sentenza che doveva venir pronunciata.

Capitolo II. — L'epoca neo-latina.

53. *A*) Evoluzione legislativa — L'autorità della cosa giudicata criminale nel Diritto Canonico. Il *ne bis in idem* nelle Decretali di Gregorio IX. La procedura inquisitoria canonica ed il principio della cosa giudicata dopo il secolo XIII. — **54.** L'*inquisitio* in Sicilia e la cosa giudicata nelle Costituzione di Federico II. — **55.** L'autorità della cosa giudicata criminale nel diritto statutario. Statuto di Firenze. Statuto di Bologna. Statuto di Venezia. Costituzioni del Ducato di Milano. — **56.** L'*absolutio ab instantia* (*pro nunc, rebus sic stantibus, hactenis deductis, ab observantia judicii*) specialmente ad Adria, a Venezia ed a Lucca. — **57.** Cenni sullo svolgimento dell'autorità della cosa giudicata in Francia, in Inghilterra ed in Germania. **58.** *B*) Evoluzione scientifica. — I criminalisti italiani e stranieri dei secoli XIII a XVII e la dottrina della cosa giudicata criminale. — **59.** a) *Il principio dell'autorità della cosa giudicata criminale e le eccezioni che vi si apportavano.* Esagerazioni e giusti termini: casi di eccezione e casi di inapplicabilità. — **60.** Determinazione delle vere e proprie eccezioni — **61.** False interpretazioni del diritto romano. Confusione ed incoerenze. — **62.** b) L'*absolutio* " *pro nunc* „ o " *rebus stantibus* „ negli scritti dei commentatori *Quid* nel caso di costituzione di parte civile? Due specie di assoluzione *ab instantia*: 1) *Indefinita* (*usque quo*); 2) *Temporanea* (*pro tempore*) — **63.** Natura giuridica dell'assoluzione per difetto di prove. Opinione del Muyard de Vouglans e confutazione. Altra forma imperfetta di assoluzione.

53. — *A*) Evoluzione legislativa. — Fin qui la procedura criminale non si differiva grandemente dalla civile. La stessa autorità della cosa giudicata, tranne alcune particolarità, conserva caratteri ad un dipresso simili nel processo civile e penale. Ma nel periodo comunale la separa-

[47]) Pertile, *Storia del Diritto Italiano*, Padova 1887, vol. VI, parte II, § 239, pag. 681 e nota 1 dove si riporta a conferma una sentenza del 1142. Sent. di Oberto dall'Orto e soc. cons. di Milano: « *Et antequam haec sententia daretur sub domum consulatus dederunt guadiam praedicti comites in manibus jamdictorum Ginam etc de attendere jamdictam sententiam* ».

zione fra il rito civile e il rito penale diventa netta e spiccata. A ciò contribuì anzitutto l'esempio della Chiesa la cui procedura per via d'inchiesta che essa adoperava contro i peccatori, fornì al potere laico il modello del sistema processuale criminale [1]).

Che la Chiesa abbia riconosciuto dapprima l'autorità della cosa giudicata criminale non può mettersi in dubbio. Nel lib. V, tit. I, can. 6 delle *Decretali* di Gregorio IX troviamo la regola: « *De his criminibus de quibus absolutus est accusatus non potest accusatio replicari* ». Ma questo dovette essere nei primi tempi e prima del XIII secolo. E infatti il principio del XIII secolo segna una trasformazione nella procedura criminale canonica. L'*inquisitio*, di cui già un accenno si aveva nel primitivo giurì di accusa, non si affermò in modo definitivo se non quando (1205) Innocenzo III proibì la partecipazione del clero alle prove giudiziarie o ordalie e tolse così a queste ogni carattere religioso ed ogni importanza, sostituendovi il procedimento *per inquisitionem* usato specialmente per le cause ereticali (*inquisitores hereticae pravitatis*). Il Concilio Laterano (1215) segnò definitivamente la morte delle ordalie e del duello giudiziario, ed estese a qualsiasi giudice la procedura inquisitoria. La quale, se dapprima era pubblica ed orale, secondo l'uso dei tempi, in seguito divenne segreta e per iscritto. Bonifacio VIII autorizzò l'audizione segreta dei testimoni in presenza del vescovo e dell'inquisitore, pena la scomunica in caso di rivelazione; e di questi testi si tacevano i nomi quando si comunica-

---

[1]) Cfr. su ciò Huc, *Influence du droit canonique sur la législation criminelle*, nella *Révue critique de legislation*, XIII; Biener, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses*, Leipzig 1827; Molitor, *Über Kanonisches Gerichtsverfahren gegen Kleriken*, Mainz 1856; Münschen, *Kanonisches Gerichtsverfahren und Strafrecht*, Köln und Neuss, 1874.

vano all'accusato le deposizioni. Coi papi Clemente V e Giovanni XXII, la procedura scritta e segreta divenne la regola. L'introduzione del segreto e dello scritto nella procedura inquisitoria, tolse ogni applicazione al principio della cosa giudicata. Le sentenze non ebbero più carattere definitivo di cosa giudicata, ma conservarono un carattere provvisorio ed effimero: sempre fu lecito al giudice di ritornare su di esse e di riformarle [2]). Non era questa d'altronde che una fra le tante nefaste conseguenze che la procedura inquisitoriale scritta e segreta portava seco per la libertà a l'innocenza dei cittadini.

54. — La procedura inquisitoria canonica coperta di ombra e di mistero, che forniva un mezzo terribile di repressione, che concentrava tutti i poteri nelle mani del giudice, che rendeva impossibile la giustificazione dell'accusato, piacque e doveva piacere a quei governi sospettosi e teneri della sicurezza dello Stato che governarono in Italia dopo il secolo XIII; cosicchè passò dai tribunali ecclesiastici ai laici e battè in breccia il sistema accusatorio barbarico solo lasciandone persistere qua e là dei putridi avanzi.

Al XIV secolo le ordalie e il giudizio di Dio non sono più che un ricordo.

In Sicilia l'*inquisitio* canonica penetrò prima che altrove: sotto Federico II nel 1231 il duello giudiziario fu abolito [3]). Quanto all'autorità della cosa giudicata non pare però che si disconoscesse. Un passo delle *Costituzioni* di Federico II parla delle sentenze definitive e stabilisce

---

[2]) *Decretali di Gregorio*, lib. II, tit. 27, c. 1; Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, tomo II, cap. LXVII, 29, ediz. Beugnot. Cfr. anche Salvioli, *Storia del Diritto Italiano*, Torino 1899, pag. 587.

[3]) *Costitutiones Regni Siciliae « De pugnis sublatis »*, lib. II, tit. XXXI.

dei termini per appellare, trascorsi i quali, quelle si consideravano come passate in cosa giudicata. « *Appellationum tempora per quas definitivae sententiae suspenduntur certo dierum spatio jussimus limitari* ». E se l'appellante dopo presentato l'appello *sine licentia judicio discesserit*, il giudicato rimaneva fermo a meno che non fosse nullo *ipso jure: quasi nunquam appellaverit nata sententia permanebit nisi ipso jure nulla a jiudice superiore dicatur* [4])

55. — Quanto al diritto statutario dei gloriosi Comuni Italiani anch'esso favorì la procedura inquisitoria; ma per le conservate tradizioni romane non potette completamente spogliarsi della influenza benefica delle forme accusatorie. È così che troviamo in esso più volte stabilita l'osservanza del giudicato e negato perfino, in omaggio di esso, un secondo giudizio di appello. Lo Statuto della Repubblica di Firenze nega alle parti ed al giudice la facoltà di mettere nuovamente in discussione o attaccare di nullità il giudicato: « *Et non possit de nullitate dici vel opponi vel appellari ab aliqua sententia vel condemnatione criminali lata per aliquem officialem communis Florentiae nec dictus judex appellationi cognoscere vel se intromittere possit de dictis sententiis criminalibus vel de nullitate appellatione, vel oppositione quae fieret super eis sub poena librarum quingentarum* » [5]). Secondo lo Statuto del Comune di Bologna era bensì assegnato un termine prima della condanna perchè l'accusato potesse apportare le sue difese, ma una volta la condanna pronunziata questa rimaneva ferma ed immutabile e non era possibile chiedere ed avere un nuovo giudizio.

---

[4]) *Costitutiones Regni Siciliae*, tit. XLIV; Canciani, *Barbarorum leges*, I, 354.

[5]) *Statuta populi et communis Florentiae*, lib. II, rubrica CXXVII.

« *Item dicimus quod nullus possit appellare vel restitutionem impetrare contra aliquam condemnationem personalem vel pecuniariam in aliqua causa criminali quocumque modo fiat, per quemcumque jurisditionem habentem vel nullam dicere vel de nullitate opponere si lectae, publicatae et depositae reperiantur. Dicimus etiam quod nulla sententia condemnatoria ferri debeat in aliquem nisi prius assignata debita vel competenti dilatione ad sui defensionem faciendam* » [6]). Nello Statuto della repubblica di Genova, che è uno dei più recenti (edito 1663) troviamo fatto divieto di mettere in discussione il contenuto e la verità di un giudicato: « *Nemo possit de praeceptio facto vel sententia lata aut processu condito a Magistratu urbis Genuae in causis accusationis denunciationis vel inquisitionis ad aliquem Magistratum provocare neque dicere:* HORUM QUIDPIAM NULLUM ESSE AUT FACTUM ALITER SE HABERE QUAM IN EIS EXPRESSUM FUERIT [7]). Si faceva eccezione solo per alcune condanne pecuniarie per le quali era ammesso il ricorso in appello: quanto alle altre *rejiciantur nec ab eo Magistratu ad quem appellatum fuerit admittantur: si admiserit solvat fisco centum libras nomine poenae, quoties deliquerit et irritum sit quodcumque fecerit* [8]).

Neppure le nullità processuali toglievano alla sentenza l'autorità di cosa giudicata: « *Si de crimine vel delicto eius qui deliquit confessione aut legitima testium probatione vel alio quovis modo legitime constiterit actorque et conventus legitimam personam habuerint, Iudexque com-*

---

[6]) *Statuta criminalia communis Bononiae*, rubrica « *De condemnationibus et absolutionibus legendis et publicandis* ».

[7]) *Statuta criminalia Serenissimae Reipublicae Januensis*, lib. I, cap. XCVII.

[8]) *Statuta criminalia Ser. Reip. Jan.*, l. c.

petens fuerit ac dati sint termini ad faciendas defensiones poenaeque ex forma statuti impositae, SENTENTIA QUAM IUDEX TULERIT SIT RATA ET FIRMA *quamvis vel solemnitas in processu omissa vel juris ordo aut stututorum servatus non fuerit, nec tum quid opponi adversus processum queat. vel dici eum nullum esse, aut quicquam exceptionis, etiam de excessu aut injustitia allegari vel allegatum, a quovis judice admitti praeterquam de injusta a sententiis Magistratum districtus* » [9]).

Secondo lo Statuto Criminale della Repubblica di Venezia la causa una volta giudicata non poteva essere ripresentata una seconda volta, non essendo ammesso neppure l'appello. Contro le possibili ingiustizie delle sentenze, qualora fossero riconosciute, era ammesso il ricorso in grazia.

« *L' anderà Parte che de caetero non si possi appellar de condamna sententia fatta o che si farà da qua avanti ad inquirendum per li nostri Rettori di quelle città terre et lochi che per Statuti o privilegi questo sia devedado in pena de ducati cento d' oro a caudaun che de caetero intromettesse.... Ma perchè el porria alle volte occorrer caso estremo degno de sollevation de simil cose cioè di tal sententie ad inquirendum in tal caso per mezzo di grazia si possi supplicar* » [10]).

Secondo le Costituzioni del Ducato di Milano non si poteva in un secondo giudizio discutere la bontà di una sentenza emessa in una causa criminale già decisa.

« *A sententia lata in causa criminaliter mota et criminaliter decisa sive interlocutoria sive diffinitiva sit etiam respectu interesse partis in ea sententia comprehensae,*

---

9) *Statuta criminalia Ser. Reip. Jan.*, cap. CXVIII.

10) *Leggi criminali del Serenissimo Dominio Veneto,* in lib. II *Advocariae,* fol. 98.

non possit per quempiam appellari, quaerelari nec de nullitate dici nec in integrum restitutio peti, nec alio juris remedio uti; sed executioni mittatur » [11]).

Contro il giudicato non si aveva che l'estremo rimedio del ricorso al principe o al Senato [12]). E il divieto del « *bis in idem* », che spingeva fin a negare un giudizio di appello, valeva così per le sentenze condannatorie come per le assolutorie. Chiara era la giurisprudenza in proposito:

« *Appellatio in causis criminalibus prohibita est etiam favore fisci; nam lata sententia absolutoria ex capito innocentia favore comitis de Vailate, cum fiscum recursum habuisset ad S. R. M. ut dicta sententia nulla declararentur responsum fuit literiis regiis dici maji 1663, viam non esse aperiandam contra leges et observantiam huius Dominii* UBI NON PERMITTITUR INTRODUCTIO NOVAE INSTANTIAE POST CONTROVERSIAM JURIDICE FINITAM » [13]).

56. — Come si vede nel periodo Comunale l'autorità della cosa giudicata criminale fu generalmente riconosciuta; ma non in modo assoluto, però. Vedremo in seguito quante restrizioni vi apportassero i giureconsulti. Ma inoltre quest'autorità non era propria di ogni sentenza, ma principalmente delle sentenze di condanna e non di ogni processo, ma solamente di quello in cui si poteva arrivare ad una soluzione definitiva. Per buona parte del medio evo la sentenza nelle cause criminali, come nelle civili, fu unicamente di assoluzione o di condanna [14]), ma sulla fine [15]) vi

---

[11]) Cfr. VERRO, *Costitutiones dominii mediolanensis*, lib. IV.

[12]) VERRO, *Costitutiones*, l. c.

[13]) VERRO, *Collectanea decisionum ad constit. mediol. dominii.*

[14]) ROTH., 166, 195-198; LIUT., 56, 121, *Lex Ripuaria*, 21 *Form. Liupr.*, 93 citati da PERTILE, *Storia del Diritto Italiano*, vol. VI, parte II, pag. 715, nota 144.

[15]) Cfr. ROSSHIRT, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1838, II, 303.

si aggiunse una terza forma che erroneamente si credette [16]) usata anche dai Romani cioè quella di rilascio momentaneo per difetto di prove o *absolutio ab istantia* (*ab observantia judicii, pro nunc, hactenis deductis, rebus sic stantibus*). « Sentenziavasi a questa maniera — dice il Pertile [17]) quantunque volte l'inquisito avesse purgati gli indizî che stavano contro di lui in altra maniera che con la tortura oppure quando gli indizî non bastavano ad autorizzare l'applicazione della tortura nei quali casi, in qualche paese, come nel Napoletano, lo si obbligava anche a dare cauzione o fideiussori di ripresentarsi nuovamente in giudizio ogniqualvolta si scoprissero contro di lui nuove prove del reato per cui era stato processato ». Questa forma di sentenza per la quale il processo non si chiudeva ma si sospendeva fino a tanto che non si fossero scoperte delle nuove prove; e che può opportunamente considerarsi in un rapporto di storica figliazione con la nostra assoluzione per insufficienza di indizi, finì col rimpiazzare quasi completamente la sentenza di assoluzione; onde ne uscì sminuita e quasi distrutta l'autorità di cosa giudicata delle sentenze assolutorie. E si giunse a tanto che il Farinaccio (*Quest.* IV, n. 22) ebbe perfino a pensare che si dovesse interpretare la parola *absolvimus* nel senso di assoluzione *pro nunc, rebus stantibus pro ut stant.*

Queste decisioni costituivano dei veri dinieghi di giustizia perchè esse consistevano nel non giudicare nel e lasciare sotto la minaccia perenne di una accusa colui del quale non si riusciva a provare la colpabilità. Questo modo di eludere gli effetti di una assoluzione, dovuta alla tema di paralizzare con essa l'azione della giustizia su colpevoli in-

---

16) Cfr. ANTON MATTEO, *De criminibus Ad Lib. XLVII et XLVIII Digesto Commentarium,* Vesal 1679, tit. *de quaestionibus,* IV, 16.

17) PERTILE, *Storia del Diritto Italiano,* vol. VI, parte II, pag. 715.

giustamente liberati e alla esagerata preoccupazione della sicurezza sociale contro la delinquenza, rimonta, pare, alla seconda metà del secolo XVII. Infatti in un decreto del 1674 dei sindaci ed inquisitori di Terraferma al podestà e capitano di Adria, si trova il divieto di usare nelle sentenze criminali altre formule che quelle prescritte dal Consiglio dei 10 nel 16 maggio 1670: cioè di libera assoluzione, di condanna e *pro nunc* [18]). Ma a Venezia tuttavia, tali assoluzioni per mancanza di prove dovettero esser rare perchè rese quasi impossibili dallo stesso modo di procedere nella votazione dei giudici. Il Pertile [19]), sulla fede del Contarini, afferma che « se nella prima votazione la maggioranza si era pronunciata pel *non consta*, si ripeteva la votazione in un'altra giornata. E se questa dava il medesimo risultamento della prima, la si ripeteva una terza volta in una terza giornata; ma in questa soppresso il terzo voto ogni giudice doveva pronunciarsi per la innocenza o per la reità dell'imputato; per modo che allora solamente si sarebbe potuto assolvere o condannare definitivamente quando si fosse ottenuta parità di voti per ambedue i partiti ». A Lucca invece, e fin dal XVI secolo, si faceva di diverso se non di peggio; cioè si condannava in via amministrativa colui che era stato prosciolto in via giudiziaria.

« *Quando qualcuno viene assolto ex defectu probationis deesi fra quattro giorni riferirne agli anziani et postea in primo generali consilio dove debeant dari apodixae consuetae, more discolorum* (legge del discolato) *et illi qui reperirentur nominati per 10 apodixas debeant poni ad partitum pro delinquentib. condemnandi, in poenam statutor. secund. contenta in dicta denuntia*

---

[18]) Riportato dal Pertile, *Storia del Diritto*, pag. 715, nota 146.

[19]) Pertile, *Storia*, pag. 716 e nota 149.

seu inquisitione — quod partitum poni possit totiens quotiens antianis videbitur quod partitum vinci debeat a tribus partibus de quatuor partibus existentium in dicto consilio » [20]).

Come si vede, adunque, l'autorità della cosa giudicata delle sentenze assolutorie in fatto non esisteva: perchè o vi erano prove sufficienti di colpabilità e allora si condannava, o non vi erano e allora si lasciava in sospeso l'azione ed il processo penale, salvo a riprenderlo quando nuove prove venissero a rafforzare le antiche.

57. — Fin qui non abbiamo seguito che lo svolgimento dell'autorità della cosa giudicata criminale nella storia del diritto italiano. Ma nelle altre nazioni esso non è diverso. L'influenza del diritto canonico sulla legislazione criminale fu dappertutto uniforme e grandissima.

In Inghilterra nel 1219, sotto il regno di Enrico III, una circolare reale proibì ai *justitiari itinerantes* l'uso delle ordalie [21]). In Francia dapprima i Comuni nelle loro carte avevano cominciato a restringere l'uso del duello giudiziario, poi S. Luigi nei suoi « *Etablissements* » pose il divieto assoluto delle prove giudiziariarie finchè, nel 1306, Filippo il Bello, dette loro il colpo di grazia rivendicando al re, come solo signore avente il « *droit d'haute justice* », il diritto di ordinare il duello giudiziario. E fu il Parlamento o corte del re che con ordinanza del 18 maggio 1380 sotto il regno di Carlo V abolì definitivamente questa procedura alla quale, con le ordinanze del 1498 e del 1539 fu sostituita la procedura inquisitoria scritta e segreta presa a prestito dal diritto canonico [22]). Anche in

[20]) *Statuto di Lucca* 1539, IV, 38, citato dal PERTILE, *Storia*, pag. 716 e nota 148.

[21]) SPEELMANN, *Codex legum veterumque Statutorum Angliae*, pag. 145.

[22]) Cfr. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris 1882, pag. 159.

Francia quindi, come del resto in Germania, nei Paesi Bassi, in Ispagna e nel Portogallo penetrarono, attraverso le dottrine di Giulio Claro e di Farinacio, i principî inquisitori e fra questi anche quello che toglieva quasi ogni autorità alla cosa giudicata. Non già veramente che questa autorità non si riconoscesse dalle giustizie secolari, ma erano tali e tante le restrizioni che si apportavano al principio che si può dire che questo quasi non ricevesse applicazione. E v' era anche in Francia un altro modo di eludere e derogare all' autorità della cosa giudicata; cioè il « *plus amplement informé* » che non era se non una diversa forma di designare quella medesima istituzione che consisteva nel non assolvere, ma nel lasciare andare provvisoriamente libero l' accusato per poi riprenderlo quando nuove prove a suo carico fossero state scoperte [23]). Ed il « *plus amplement informé* » si conservò per un pezzo: l' ordinanza del 1670 lo mantenne e consacrò e Pussort nelle conferenze sull' art. 4 del titolo XX dichiarò formalmente che si intendeva di mantenerlo [24]), certo come un' arma di governo di cui non sembrava politicamente opportuno spogliarsi in quell' epoca di così grande gelosia e preoccupazione degli interessi sociali. Insieme andava sorgendo in Francia una nuova istituzione di cui sarebbe inopportuno tacere, la quale se costituiva una eccezione all' autorità della cosa giudicata conferiva tuttavia a questa autorità perchè aveva per iscopo di riparare gli errori commessi a danno degli accusati mediante l' annullamento delle ingiuste condanne.

Voglio parlare delle così dette « *propositions d' er-*

---

[23]) Cfr. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris 1882, pag. 245.

[24]) *Procès verbaux de l' ordonnance de 1670*, art. 4, du tit. XX, pag. 251 e 252.

reur »[25]) quali furono chiamate nella ordinanza del 1539[26]) e nella ordinanza del 1667[27]), sostituite poco dopo mediante l'ordinanza del 1670 dalle « *lettres de revision* »[28]). Queste si davano (art. 8) « *dans les cas d'une condamnation injuste comme s'il y a erreur dans la personne et que l'accusé ait été condamné pour un autre, et en general pour tous autres cas et moyens de fait par lesquels le condamné peut être justifié* ».

Tuttavia occorre notare e deplorare che non essendo determinati i casi in cui la revisione veniva accordata, rimaneva alla discrezione ed all'arbitrio del Consiglio di Stato (*Conseil du roi*), cui il condannato rivolgeva la domanda motivata di antorizzazione a procedere, il permettere o no che si discutesse nuovamente la causa ed il rinviarla o meno una seconda volta dinanzi al giudice che aveva reso la sentenza.

Un altro modo poi di rivedere una ingiusta condanna e derogare all'autorità della cosa giudicata era la via della « *requête civile* »[29]). Consisteva nella domanda di un nuovo esame della causa che, dopo ottenute dalla Cancelleria le « *lettres royaux* », si rivolgeva al giudice che aveva resa la sentenza; i casi in cui si poteva ottenere la revisione del processo erano qui nettamente e tassativamente determinati.

---

25) Su di essi vedi Rebuffe, *De supplicationibus seu errorum propositionibus*, Spirae 1587, IX.

26) *Ordonnance de Villers-Coterets del 1539*, art. 127.

27) *Ordonnance de 1667*, tit. XXXV, art. 32.

28) *Ordonnance de 1670*, tit. XVI, art. 8, 9 e 10; *Réglement du 28 juin 1738*, tit. VII e su di essi Jousse, *Nouveau Commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'aout 1670*, Paris 1752, II, 779; Muyart de Vouglans, *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du Royaume*, Paris 1762, IV.

29) *Edit. de Roussillon en 1563; Ordonnance de Moulins en 1566; Ordonnance de Blois en 1579; Ordonnance de 1667*, tit. XXXV

Fin qui non si trattava che della revisione di sentenze di condanna allo scopo di giovare al condannato: ma i Re ed i Parlamenti, servendosi del loro potere assoluto e sovrano di impartire giustizia, usarono talvolta riformare le sentenze dei giudici anche al fine di arbitrariamente aggravare la condizione dell'accusato assoluto o condannato. Un esempio storico memorabile ed esecrando è quello di Luigi XIV che commutò la pena del bando pronunziata contro Fouquet in quella della prigione perpetua.

Non possiamo dire se frattanto in Germania l'autorità della cosa giudicata fosse riconosciuta. La formula delle sentenze di assoluzione che troviamo indicata nella *Costitutio criminalis Carolina* art. CCI farebbe credere di si: « Vista l'accusa a proposito di C intentata da A contro B, che si trova alla presenza del tribunale, e le risposte dell'accusato ed insieme tutte le inchieste necessarie e le esatte ricerche iniziate su questo fatto, conformemente alla Ordinanza di Carlo V e del Santo Impero, il detto accusato è stato dichiarato *giuridicamente* e *definitivamente* libero da ogni pena » [30]).

58. — *B*) Evoluzione scientifica. — Tutto ciò che abbiamo detto riguarda l'evoluzione legislativa dell'autorità della cosa giudicata. Ma, dileguatosi il soffio dell'influenza germanica, comincia in Italia e fuori l'opera giuridica dei criminalisti. Occorre quindi seguire brevemente anche la parallela evoluzione scientifica dell'istituto della cosa giudicata attraverso gli scritti dei criminalisti dei secoli di mezzo: la cui *communis opinio* costituiva in tutta Europa un *ius commune* che aveva vera e propria forza di legge. Così l'indagine storico-dottrinale si congiunge e si integra con l'indagine storico-legislativa, a mostrare quale e quanta

---

[30]) *Code Criminel de l'Empereur Charles V vulgairement appellé Caroline*, Maestricht, MDCCLXXIX, pag. 280.

sia l' influenza della dottrina sulle statuizioni della legge. E i primi vagiti scientifici si odono in Francia. Nel XIII secolo Beaumanoir nella sua *Coutume de Beauvoisis* poneva il principio: « *Il ne convient pas c' on mette en jugement le cas qui a autrefois èsè jugié, car on ne doit pas fere deus jugemens d' un meisme cas* »[31]). E altrove spiegando « *queles deffences peut valoir à chaus qui sont apelès pour destourner la Bataille; et cas où Gages ne doivent estre recheu* » diceva « *La quarte reson si est se chil qui est apelès a estè autrefois apelès pour che propre cas, et sen parti de court assous par jugement dou premier Apel, car autremant ne penroient li apel fin se chil d' un lignage poueent apeler li un aprèz l' autre d' un même fet puisque li Apeles seroit delivrès par jugement dou premier Apel* »[32]).

Altri accenni si trovano pure nel « *Conseil de Pierre des Fontaines* »[33]) nella « *Somme Rurale de Bouthillier* »[34]) nel « *Grand Coutumier de Charles VI* »[35]). Ma si tratta sempre di accenni brevi, incerti e confusi come meschina, malcerta e confusa era la scienza e sregolata ed arbitraria la giustizia criminale in quei tempi.

Un secolo dopo in Italia già nelle opere dei commentatori cominciano a trovarsi accenni all' autorità della cosa giudicata in criminale. Bartolo e Baldo enfaticamente esclamano: « *Sententia in criminosum facit ius contra eum ubicumque terrarum et pro et contra omnes* »[36]).

---

[31]) BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, tome I, ch. 1, 20. Édit. BÉUGNOT.

[32]) BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, tome II, ch. LXIII, 1, Ed. BÈUGNOT et édition DE LA TAUMASSIÈRE, pag. 322.

[33]) *Conseil de Pierre des Fontaines*, chap. 24.

[34]) *Somme Rurale de Bouthillier*, pag. 767.

[35]) *Grand Coutumier de Charles VI*, livre deuxième, chap. 44 e livre troisième, chap. 9.

[36]) BARTOLUS et BALDUS in ZASIUS, l. 63, *de re judicata*, n. 76.

E dopo di loro non vi è quasi pratico o commentatore in Italia o fuori che non riconosca, almeno formalmente, l'autorità della cosa giudicata nelle materie criminali; chè anzi essi non solo dicono che la sentenza una volta resa non si può rescindere e non si può richiamare in giudizio chi fu una volta accusato, ma cercano di giustificare teoricamente questa autorità dicendo che la *res judicata* è la verità, anzi *veritati praevalet;* che importa alla sicurezza sociale non meno che a quella individuale che i giudicati rimangano stabili e fermi e certi il diritto e la condizione giuridica dei cittadini. Fra gli autori che parlano in questo periodo dell'autorità della cosa giudicata in criminale per lo più, in principio, affermandola, possono annoverarsi in Italia: in primo luogo, Giulio Claro [37]) e Prospero Farinaccio [38]) e poi il Boerio [39]), lo Scaccia [40]); in Ispagna: il Covarruvias [41]); in Germania lo Zasio [42]), il Leyser [43]), Anton Matteo [44]), il Car-

---

[37]) JULIUS CLARUS, *Opera omnia sive practica civilis et criminalis* edizione del 1739, quaestio 57.

[38]) PROSP. FARINACIUS, *Theorica e practica criminalis,* nelle *Opera omnia criminalia,* Francoforte 1597, quaestio 4.

[39]) N. BOERIUS, *Decisiones supremi Senatus Burdegalensis,* Francoforte 1665, dec. 289, n. 9.

[40]) SIG. SCACCIA, *Tractatus de judiciis causarum civilium criminalium et hereticalium,* Venetiis 1763, lib. I, cap. XCVII, specialmente 139 e seg.; *Tractatus de sententia et rejudicata,* 1670, § 281.

[41]) DID. COVARRUVIAS, *Variarum resolutiones,* lib. I, cap. I, n. 4 e lib. II, cap. 10.

[42]) ZASIUS, *Ad legem,* 63, *Dig. de re judicata,* n, 77.

[43]) LEYSER, *Meditationes ad Pandectas,* Sp. 470, med. 1 e 2.

[44]) ANTON. MATTHAEI, *De criminibus,* Ad lib. XLVII e XLVIII, Digest. *Commentarium* Vesal, 1679, libro 48, tit. 17, cap. 1, pag. 729 e seg. Questo autore è il solo che neghi assolutamente l'autorità della cosa giudicata nelle materie criminali. Dice egli infatti « *Medestius illi mihi loquuti videntur qui dixerunt* fieri quidem conclu-

pzovio[45]); in Olanda: il Voet[46]); in Francia, nel XVI secolo, Pyerre Ayrault[47]) e poi, sotto l'ordinanza del 1670, il Rousseaud de La Combe[48]), lo Jousse[49]) e fra gli ultimi il Mouyart de Vouglans[50]), il Basnage[51]). Troppo lungo, e d'altronde ozioso, sarebbe il riportare tutti i brani, talora lunghisimi, delle opere di questi autori. Ci basterà di riassumere le loro teorie che si appuntano principalmente su due argomenti: *a*) il principio della cosa giudicata; *b*) la sentenza statuente « *pro nunc* » o, come in Francia si diceva, il « *plus amplement informé.* »

59. — *A*) Il principio della cosa giudicata. — Quanto al principio della cosa giudicata esso è, come dicemmo, generalmente riconosciuto dagli autori così per le sentenze di condanna come per le sentenze di assoluzione. L'Hélie, seguito da molti, nota tuttavia che « *la régle non bis in idem quoique posé en principe e formalement reconnu par tous les commentateurs était, pour ainsi dire, combattue*

---

sionem *in causis criminalibus sed* eam reo non obesse, *quominus* etiam post conclusionem *innocentiam suam argumentis quibusque docere possit. Id enim innuit,* l. 18, Dig. *de quaestionibus ducens quocumque tempore postulanti reo defensionem dundam* ».

45) Bened. Carpzow, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, Francoforte 1758, q. 104, n. 58 e seg.

46) Voet, *Commentarium ad Pandectas*, quaest. XLVIII, II, 12.

47) Pyerre Ayrault, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, Lyon 1642, titre II, part I, n. 22.

48) Rousseaud de La Combe, *Traité des matières criminelles*, Paris 1769, trois partie, ch. 1, sect. 3.

49) Jousse, *Traité de la justice criminelle en France*, Paris 1771, tome III, 3me partie, livre III, titre 1er.

50) Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Paris 1767, III partie, ch. 4 et *Les lois criminelles de France*, Paris 1780, 2me partie, liv. I, tit. 4, ch. 1.

51) Bosnage, *Coutume de Normandie*, sur l'article 193.

pied à pied dans la pratique et demeurait à demi étouffée derrière les distinctions qui la refoulaient sans cesse » [52]. E che in ciò vi sia del vero non si può dubitare. Ma c'è anche dell'esagerazione. E infatti così l'Hélie come gli altri scrittori che lo hanno preceduto o seguito si sono messi a ricercare su per le opere dei commentatori tutti i casi in cui l'autorità della cosa giudicata non aveva applicazione ed hanno formulato altrettante eccezioni, affermando che esse erano come tali riconosciute nell'antico diritto. Invece si devono osservare due cose: in primo luogo che non tutte queste eccezioni erano da tutti i dottori accolte ed insegnate; alcune non erano che la spuria ed isolata creazione teorica di qualche scrittore e non costituivano perciò una *communis opinio doctorum* che potesse avere vera efficacia di dettato legislativo. In secondo luogo che alcune di queste pretese limitazioni erano tutt'altro che restrizioni bensì casi di inapplicabilità del principio generale. Così se la procedura era attaccata di nullità [53]) era giusto e naturale che non si facesse luogo all'autorità della cosa giudicata; e così pure se la decisione intervenuta avesse avuto il carattere di un semplice pronunziato provvisorio o di istruzione [54]).

Ugualmente si spiega col principio della indipendenza delle giurisdizioni la non opponibilità dinanzi ad una data giurisdizione di una sentenza emanata da un giudice *diversi fori*, e perciò il fatto che nei tribunali laici non imperasse l'autorità della cosa giudicata nei tribunali ec-

---

52) HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, I, n. 1261, pag. 556.

53) Questo caso è indicato come eccezione dal LAURENS, *Chose jugée*, pag. 84 al n. 3.

54) Questo caso è considerato come eccezione da MUYART DE VOUGLANS, *Istitutes au droit criminel*, l. c. e ripetuto da LAURENS, *Chose jugée*, pag 94, sub 6.

clesiastici [55]). D'altronde era pure riconosciuto che colui che fosse stato giudicato e assolto dal giudice laico non poteva essere accusato nuovamente dinanzi al giudice ecclesiastico [56]) e, comunque, par certo che il principio della non opponibilità non si riconobbe che tardi e non senza difficoltà, perchè, nelle Decretali di Bonifacio VIII, si trova affermata la uguaglianza delle giurisdizioni laiche ed ecclesiastiche e la reciproca autorità dei loro giudicati.

Quanto all' autorità delle sentenze rese in paese straniero *sub diverso principe* se essa è negata dai più, è pure da qualcuno ammessa come da Farinacio e da Jousse [57]); e neppure del resto è lecito vedere qui una restrizione al principio della cosa giudicata [58]) ma piuttosto una consequenziale estensione al giudicato della sovranità e territorialità della legge penale che dovette anche a quei tempi essere riconosciuta. Più strano è ancora che si voglia scorgere nella eccezione all' autorità della cosa giudicata nel fatto che questa non si applicava quando diversa era la persona accusata [59]). Non doveva essere anche allora necessaria l'identità della persona perchè si facesse luogo al divieto del *bis in idem?* Nè infine si deve considerare come eccezione alla regola il caso della sentenza di assoluzione carpita dall' accusato con dolo o frode o falsi documenti [60]); perchè la ragion d'essere dell' auto-

55) Questa eccezione si trova in JULIUS CLARUS, *Sentent.*, quaest. 57, n. 10; in FARINACIUS, quaest. 4, n. 7; e vien ripetuta da HÉLIE, *Op. cit.*, I, n. 1260 e da LAURENS, *Op. cit.*, pag. 95, sub 8.

56) Arret. 30 juillet 1707, *Journal des Audiences*, 1707.

57) FARINACIO, quaest. 4; JOUSSE, *Op. cit.*, l. c.

58) Così crede invece il LAURENS, pag. 95, n. 9.

59) Questo caso è considerato come una eccezione in MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, loc. cit., sopra un Arrêt du Parlement d'Aix riportato da BONIFACE, tome II, 3me partie, liv. I, tit. 2, chap. 38.

60) JULIUS CLARUS, quaest. 57, n. 6; JOUSSE, *Op cit.*, p. 16; MUYART DE VOUGLANS, *Op. cit.*, l. c.; Arrêt du 6 juin, 1632 in BARDET, tome II, liv. I, ch. 32.

rità del giudicato è appunto la giusta soddisfazione dell'interesse sociale e questo in tal caso non può dirsi soddisfatto.

In tutte le ipotesi di cui abbiamo parlato la cosa giudicata non acquistava nessuna autorità: non si può dunque parlare di deroga a questa autorità, a meno che non si vogliano scambiare le *eccezioni* con le *condizioni di applicabilità* del principio.

60. — Ciò non vuol dire però che non vi fossero delle vere eccezioni alla autorità della cosa giudicata. Eccezioni vi erano, e numerose, ma non tanto quanto hanno creduto gli scrittori antichi e moderni.

1.° In primo luogo si aveva eccezione quando trattandosi di ingiurie estremamente atroci si presentasse un nuovo accusatore, ignaro della precedente accusa, e avente un interesse privato particolare da soddisfare: in tal caso, pur esistendo tutte le condizioni sotto le quali si dava l'autorità della cosa giudicata, l'accusa, per eccezione, veniva ammessa [61]).

2.° In secondo luogo si aveva eccezione quando il secondo accusatore provasse la collusione fraudolenta intervenuta fra l'accusato ed il primo accusatore. In tal caso bisognava far dichiarare la nullità della decisione anteriore [62]).

3.° In terzo luogo si aveva eccezione quando, dopo una sentenza di assoluzione, il secondo accusatore deducesse prove diverse e più gravi del primo, purchè tuttavia si trattasse di crimine molto grave.

Giulio Claro [63]) però dichiara ammissibile l'accusa

---

[61]) Julius Clarus, quaestio 46; Muyart de Vouglans, *Op. cit.*, loc. cit.

[62]) Julius Clarus, quaestio 57, n. 6; Jousse, *Op. cit.*, pag. 16; Muyart de Vouglans, *Op. cit.*, l. c.

[63]) Julius Clarus, quaestio 46.

solo nel caso di assoluzione per mancanza di prova, non nel caso di assoluzione per inesistenza di crimine. Farinacio [64]) ammette che si possa ritentare l'accusa nel caso di spontanea confessione del crimine fatta dall'assoluto.

4.° In quarto luogo si faceva eccezione quando la nuova accusa avesse per base una nuova causa sopravvenuta dopo la emanazione della prima sentenza: così si poteva ricominciare il processo quando, essendo alcuno stato condannato per ferimento, in seguito alla ferita e posteriormente alla condanna fosse sopravvenuta la morte della vittima [65]).

5.° In quinto luogo si faceva eccezione quando, essendo un fatto suscettibile di più incriminazioni, si riproponesse l'accusa per lo stesso fatto sotto un'altra qualificazione [66]).

6.° In sesto luogo si faceva eccezione quando essendo la precedente sentenza resa da un giudice inferiore, un giudice superiore riaprisse *ex officio* il processo: in tal caso *ob defectum jurisdictionis sufficientis*, la regola *ne bis in idem* non riceveva applicazione [67]).

61. — Come agevolmente si rileva, la maggior parte di queste eccezioni erano basate sui testi romani; si dica così di tutte tranne dell'ultima. Ma in verità si trattava di una falsa interpretazione delle norme romane e comunque non più adattabile al mutato indirizzo della procedura. I giureconsulti del Medio evo, cui solo stava a cuore la repressione delle azioni punibili, temettero, ed a ragione dal loro punto di vista, che l'autorità della cosa giudicata non avesse ad essere per avventura l'egida dei malfattori scaltri

---

64) Farinacius, quaestio 4, n. 43.
65) Cfr. Laurens, *Chose jugée,* pag. 94, sub. 4.
66) Jousse, *Op. cit.,* pag. 18; Muyart de Vouglans, *Op. cit.,* l. c.
67) Jousse, *Op. cit.,* pag. 19. Cfr. pure Hélie, *Op. cit.,* n. 1260.

ed esperti i quali riusciti ad ottenere una sentenza di assoluzione riparassero dietro ad essa la loro impunità. La molteplicità delle eccezioni costituiva dunque ai loro occhi un vero mezzo di salvaguardare gli interessi repressivi della società: era una garanzia giuridica fornita alla società. E tuttavia non bastava creare queste eccezioni, occorreva legittimarle in teoria, occorreva che avessero un fondamento scientifico nell'opinione dei dotti; e allora si ricorse al diritto romano e travisando i testi del Digesto e del Codice, si trovò la base dottrinale di ogni eccezione. Ma il diritto romano era ben lungi dal poter servire a questo scopo. Abbiamo visto come le varie ipotesi dei testi romani non fossero che applicazioni di una teoria generale della *res judicata*, rigorosamente e lucidamente delineata e determinata nelle sue condizioni e modalità. Ora l'occhio miope dei pratici, avvezzi a null'altro che alla risoluzione di casi giuridici [68]), non vide e non seppe vedere il principio generale che animava e vivificava le varie ipotesi sparse qua e là nel Codice e nel Digesto, ma considerò queste nient'altro che come soluzioni di specie. E ciò spiega perchè da loro stessi siano chiamate eccezioni alcune ipotesi che noi abbiamo or ora dimostrato altro non essere se non casi di inapplicabilità della regola generale; e spiega pure come essi nel formularle non si accorgessero e non tenessero conto dei mutamenti radicali che dai Romani in poi avevano subiti i principî del diritto e del processo penale. Perchè, evidentemente, alcune di queste pretese eccezioni del diritto romano, se nelle forme accusatorie trovavano una ragione di essere ed una spiegazione, ormai, col trionfo del principio inquisitorio, di-

---

[68]) Vedi ciò che di questi giureconsulti e delle loro idee dice il DETOURBET, *La procédure criminelle au XVII siècle*. Histoire de l'Ordonnance de 1670, pag. 169.

ventavano arbitrarie ed irragionevoli restrizioni. La soddisfazione dell' interesse privato non ottenuta dalla precedente accusa e sentenza; la collusione fraudolenta fra primo accusatore ed accusato; la diversa qualificazione giuridica criminosa data allo stesso fatto erano tutte ragioni che, nel processo accusatorio romano, spiegavano ed autorizzavano il ritentamento di una azione già estinta nel giudicato. A Roma, l' accusa era opera personale ed esclusiva del privato cittadino; era egli che dirigeva il processo fino alla sentenza; e la sentenza stessa non poteva eccedere i limiti segnati dall' accusa perchè il giudice non era competente a giudicare se non del *crimen* menzionato nella formola. Niente di tutto ciò esisteva più ai tempi dei nostri giureconsulti. L' accusa non era più l' opera esclusiva del privato cittadino; ma aveva acquistato un carattere pubblico ed era fatta dal pubblico Ministero nel nome e nell' interesse della società; il giudice nella sentenza non era più legato alla qualificazione indicata nell' atto di accusa; ma era libero di considerare il fatto sotto l' aspetto giuridico che gli sembrasse più esatto e condannare per qualunque reato. Il ritentamento della azione per insoddisfazione dell' interesse individuale, per prevaricazione dell' accusatore, per diversa qualificazione giuridica data al fatto, era dunque un anacronismo. E se ne accorse, pare, anche l' Ayrault, il vecchio Ayrault dei francesi, il quale non sa spiegarsi come si possa conciliare l' ipotesi della prevaricazione dell' accusatore con l' istituzione del Ministero Pubblico: « *Veut qu' en notre France le fisc du roi est joint à toutes accusations, il semble que le cas cesse auquel anciennement la répétition estoit receue: sçavoir est, s' il y avait évidente preuve que l' accusateur eust prévariqué. Car le procureur du roy est ou doit être le vray observateur et garde que l' accusateur ne collude, et est toujours la vraye partie pour la vindicte et animad-*

version publiques; conséquemment pourroit-on bien dire que ceste question est frustratoire; ioinct que par autre raison qui est que voyes de nullité n' ont point de lieu parmy nous, on ne sçauroit estre receu accuser contre l' autorité d' un prémier jugement sinon qu' on se pouruoye premierèment par appel ou par autre remède extraordinaire » [69]).

Questo che abbiamo detto riguarda la prima, la seconda e la quinta eccezione; quanto alla terza e alla quarta per cui si ripristinava l' accusa nella sopravvenienza di nuove prove e di nuove cause, esse erano dedotte da inesatte interpretazioni delle leggi romane, le quali, come già notammo, erano ben lungi dal legittimarle. L' ultima eccezione trovava poi una spiegazione nelle istituzioni giudiziarie dei tempi [70]).

62. — *b*) L' ABSOLUTIO « PRO NUNC » O « REBUS STANTIBUS » (*plus amplement informé*). — Tutti i giureconsulti parlano di questa decisione provvisoria che in caso di impossibile dimostrazione positiva dell' innocenza dell' accusato lasciava questo sotto il colpo e l' incubo di nuove persecuzioni di fronte al sorgere eventuale di altre prove di colpabilità. Tuttavia questo modo di decidere in una causa non riceveva principalmente applicazione se non quando si trattasse di un processo iniziato per opera del Pubblico Ministero e senza costituzione di parte civile.

---

[69]) AYRAULT, *L' ordre, formalité et insruction judiciaire*, livre, III, 1ere partie, n. 22.

[70]) Nelle opere dei giureconsulti si trovano due altre eccezioni al *non bis in idem* cioè 1.° La responsabilità dell' accusa dopo la transazione delle parti (JULIUS CLARUS, *Sent.*, libro V, quaestio 58, § ultimo; FARINACIUS, quaestio 4, n. 27) e 2.° L' ammissibilità dell' azione per risarcimento di danni dopo una condanna criminale, MUYART DE VOUGLANS, *Istitutes*, l. c. — Ma di ambedue perchè non direttamente attinenti all' argomento non è qui il luogo di parlare.

Quando v'era la parte civile, invece, bisognava ottenere il suo consenso, perchè l'assoluzione « *pro nunc* » non consentendo il risarcimento dei danni per un fatto la cui esistenza non era provata, non si poteva imporre alla parte civile la rinunzia a tale risarcimento. Per strappare tale adesione, tuttavia, si usava condannare l'accusato al pagamento delle spese già occorse.

L'*absolutio pro nunc* poteva essere di due specie: *indefinita* e *temporanea*.

1.° La decisione provvisoria *indefinita* (*usque quo*) era pronunciata nei casi più gravi ed in concorso di indizi rilevanti; l'accusato rimaneva perennemente « *incerti dubiique status* » perchè questa decisione sospensiva perdurava fino a tanto che non si fossero potute scoprire prove novelle della sua colpabilità. Comunemente si continuava a mantenere l'accusato in istato di detenzione; talvolta, tuttavia, lo si lasciava andare, ma lo si sottoponeva ad una severissima sorveglianza, tanto che la sua condizione — dicono i giureconsulti — era peggiore di quella dei condannati alle galere perpetue [71]).

2.° Il rilascio *temporaneo* per difetto di prove veniva pronunziato nei casi meno gravi ed in concorso di indizi di lieve entità ed aveva una durata che poteva variare da tre mesi ad un anno. Ordinariamente si metteva in libertà l'accusato; spirato il termine fissato, se nuove prove non erano sopravvenute, si emanava una decisione definitiva in forza di cui l'accusato era messo « *fuori della Corte* » [72]). Talvolta il rilascio « *pro tempore* » veniva ordinato per reati gravi, e allora continuava lo stato

71) Vedi in proposito: *Arrêt du Parlement de Paris de 3 juin 1766, Journal des Arrêts,* 1766.

72) Un modello di questa sentenza può vedersi in ROUSSEAUD DE LA-COMBE, *Matières criminelles*, 3me partie, ch. XXIV, pag. 474.

di detenzione dell'accusato. Spirato poi il termine stabilito, se nessuna nuova prova era stata scoperta, si pronunziava una decisione che o prorogava il termine o statuiva indefinitamente *usque quo*.

63. — Si domanda quale fosse la natura giuridica dell'assoluzione per difetto di prove; se cioè avesse il carattere di una pronunzia provvisoria e di istruzione, ovvero avesse in certo modo un carattere definitivo e fosse come l'applicazione di una penalità. A torto il Muyart de Vouglans nella sua « *Refutation du Traité des Delits et des Peines* »[73]) e con lui il Laurens[74]) rispondono che questa sentenza ha un carattere penale — perchè non si trattava è vero della pena del crimine, ma della pena delle presunzioni e degli indizi non purgati dall'accusato — e un carattere definitivo — « *en ce qu'elle ne donne pas lieu à la revision du procès, à moins qu'il ne survienne de nouvelles preuves* ». Appunto perchè le nuove prove davano sempre luogo alla riassunzione del processo, vuol dire che l'azione non era estinta con la decisione e che quindi questo non aveva nessuna autorità di cosa giudicata. Quanto al crimine e agli indizi, quello non essendo provato e questi non essendo purgati, non si poteva essere autorizzati ad applicare una pena. E la decisione « *pro nunc* », lungi dall'essere essa medesima una penalità[75]), era un accorgimento processuale rivolto al fine di non rinunziare alla applicazione della pena e per il quale non si faceva che dilazionare questa applicazione fino alla scoperta di nuove prove.

---

[73]) Muyart de Vouglans, *Réfutation de Traité des Délits et des Peines*, inserita in fondo alle *Lois criminelles*, pag. 818.

[74]) Laurens, *Chose jugée*, pag. 100.

[75]) Anche il Jousse, *Op. cit.*, tomo I, pag. 83, sembra di questa opinione. Vedi *Arrêt du Parlement de Paris du 3 juin 1766*, ivi citato.

Oltre la decisione *pro nunc* che era priva di qualsiasi carattere definitivo e costituiva la negazione di ogni autorità della *res judicata*, vi era un altro modo di decidere che, a differenza di essa, produceva tutti gli effetti di un' assoluzione definitiva ed irrevocabile nei riguardi dell' accusato e che consisteva nel metterlo fuori di causa senza proclamarne completamente ed assolutamente l' innocenza. Ciò era fatto allo scopo di impedire che l' accusato reclamasse dalla parte civile il risarcimento dei danni ed interessi [76]).

Capitolo III. — L' epoca del predominio filosofico.

64. L' autorità della cosa giudicata criminale negli scritti dei nuovi penalisti del sec. XVIII in Francia, Italia e Germania. — **65.** Le riforme legislative e l' autorità della cosa giudicata penale.. Riforma leopoldina della legislazione criminale toscana del 1786. Altre legislazioni. — **66.** L' autorità della cosa giudicata in Francia dopo la rivoluzione del 1789. Gli Stati Generali e l' Assemblea Costituente. Costituzione del 3-14 settembre 1791. Codice penale del 16-29 settembre 1791. Decreto 22 Prairial anno II della Convenzione Nazionale. Costituzione del 5 Fructidor anno III. Codice del 3 brumaio anno IV. — **67.** L' autorità della cosa giudicata penale in Italia dopo la rivoluzione del 1789. Il Codice di procedura penale del Regno Italico. Impero del Codice di istruzione criminale francese del 1808. — **68.** L' autorità della cosa giudicata penale nei governi restaurati in Italia. Provincie lombardo-venete Codice penale Austriaco del 3 settembre 1803. Decreto Aulico del 28 luglio 1808. Regolamento di Procedura penale del 17 gennaio 1850. Codice penale del 27 maggio 1852. Regolamento di procedura penale del 1853. — **69.** Codice penale pel Regno delle due Sicilie del 1819. — **70.** Codice di processura criminale di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820. — **71.** Codice criminale e di procedura criminale degli Stati Estensi. — **72.** Legislazione toscana. Riforma leopoldina del 2 agosto 1838. Codice penale toscano del 20 giugno 1853. — **73.** Stati della Chiesa. Regolamento gregoriano di procedura criminale del 5 novembre 1831. Regolamento dei delitti e delle pene del 20 settembre 1832. — **74.** Regno di Sardegna. Leggi civili e criminali di Carlo Felice del 1827. Codice di procedura criminale del 30 ottobre 1847. — **75.** Storia scientifica dell' autorità della cosa giudicata penale nella letteratura del secolo XIX.

---

[76]) Serpillon, *Code Criminel*, Lyon 1784. tit. XXV, art. 12, n. 5; Rousseaud de La-Combe, *Mat. Crim.* III^me^ partie, chap. XXIV, pag. 463.

64. — Siamo così agli albori del rinascimento e della riforma del diritto criminale. Ed il grande movimento filosofico della fine del XVIII secolo che rovesciava dalle fondamenta il vecchio e già crollante edificio penale; che metteva in accusa — come energicamente dice il Detourbet — la legislazione criminale anteriore; che spingeva la critica penetrante e l'esame sagace in ogni argomento, non poteva a meno di portare la sua considerazione su questa grande e vitale istituzione di libertà; su questa « *ancre de la societé* » come fu da alcuni chiamata, che è l'autorità della cosa giudicata. Non se ne occupò, deplorevolmente, il Beccaria che nel suo aureo e celebrato libretto « *Dei delitti e delle pene* » non spinse la riflessione ispirata fino allo studio ed alla critica dei difetti del processo criminale. Ma in Francia Prost de Royer[1]) e Brissot de Warville[2]) denunciano con un grido di protesta quella grande infamia legalizzata che è « *il plus amplement informé* »; e reclamano a voce alta ed energica l'irrevocabilità e l'autorità di tutte le sentenze criminali. Presso di noi il Cremani[3]) sostiene vigorosamente l'irrevocabilità delle sentenze assolutorie e vuole che la voce del giudice che dichiara l'innocenza dell'accusato sia ritenuta come la voce della verità e non sia in nessun modo e sotto alcun pretesto possibile richiamare alle angoscie del giudizio l'individuo accusato ed assoluto. Mario Pagano[4]) spinge la preoccupazione del-

[1]) Prost de Royer, *Dictionnaire de Jurisprudence et d'Arrêts*, préface, pag. XXX.

[2]) Brissot de Warville, *Théorie des lois criminelles*, Neufchatel 1781, II, pag. 218.

[3]) Cremani, *De jure criminali*, Ticini 1791-93, libro III, cap. 30, § 15.

[4]) Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli 1787, cap. XXVIII, ristampate a Milano, Sanvito, 1858, pagg. 539-541.

l'osservanza del giudicato al punto di combattere come un male, qualsiasi giudizio di seconda istanza. « Le lunghe dilazioni — egli dice — e la perpetuità dei giudizi riconoscono nelle nullità una delle principali cagioni. Intanto esse non arrecano nessun soccorso alla verità...... » e altrove « Appellazioni, revisioni, reclamazioni, nullità, restituzioni *in integrum* come dimostrano la poca confidenza della legge nel presente sistema di giudizi, così sono le vere ragioni della loro perennità ». E ancora « I tanti e numerosi gravami perpetuando i giudizi frodano la società dell'esempio dei pronti castighi ».

In Germania frattanto una schiera di scrittori fra i quali il Soden[5]), il Boehmer[6]), l'Eichrodt[7]), il Meister[8]), il Quistorp[9]) sostenevano l'autorità di cosa giudicata delle sentenze criminali, anzi alcuni, come il Boehmer[10]) ed il Püttman[11]) la negavano alle condannatorie per favorire l'inquisito. Il solo Stübel richiamandosi ai vecchi principî voleva alle sentenze, specie assolutorie, nelle cause criminali « *prorsus nullam vim rei judicatae tribuendam* »[12]).

---

5) Soden, *Geist der peinlichen Gesetzgebung*, Thl. II, § 681.

6) Boehmer, *Elementa juris criminalis*, Halae 1774, Lect. I, cap. 17, § 296 e Dissertatio ad lib. XLII, *Pand.*, tit. I: *De sententiis in rem iudicatam non transeuntibus* nelle *Excercitationes ad Pandectas*, V, Exerc. LXXXVII.

7) Eichrodt, *Dissertatio de vi re judicata*, Gottingen 1777, § 30.

8). Meister, *Principia juris criminalis Germaniae communis*, Göttingen 1881, § 437.

9) Quistorp, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, Rostock 1770, Th. II, §§ 766 e 775.

10) Boehmer, *Dissertatio de sententia* ecc., § 40 e altrove.

11) Püttmann, *Elementa juris criminalis*, § 975.

12) Stübel, *Progr. de opinione vulgari sententias absolutorias in processu inquisitorio simulac cum reo communitae sint in rem judicatum transire, e jurisprudentia criminali eliminanda*, Vlerb 1798, pag. 6 e seg.

65. — Tanto moto di idee non poteva rimanere una nuda ed astratta speculazione; e dal campo delle teorie scesero ben presto i principî a cimentarsi nella pratica viva delle leggi. In Italia i principi che allora governavano dettero opera a molte ed illuminate riforme, a cui non poteva naturalmente rimanere estraneo il nostro istituto. È così, per esempio, che nella celebrata « *Riforma della legislazione criminale toscana* » del 30 novembre 1786 di Pietro Leopoldo [13]), troviamo una disposizione tutta particolare alla nostra materia. Per essa le decisioni di non luogo rese dalle Camere di accusa producevano in modo assoluto e definitivo l'autorità della cosa giudicata, così che anche nella scoperta di nuove prove, l'accusato non poteva più essere perseguito per il medesimo fatto [14]). È nient'altro che l'abolizione del « *plus amplément informé* » che abbiamo vista predicata dagli scrittori italiani e francesi. E v'è un'altra disposizione che merita di essere segnalata affermante l'estinzione del reato e dell'azione per mezzo del giudicato di condanna e per via della espiazione della pena: « E finalmente tutti quelli i quali saranno stati condannati ad una pena......... quando avranno consumata la loro pena non potranno essere considerati per veruno effetto più come infami nè da alcuno essergli mai rimproverato il loro passato delitto il quale dovrà considerarsi pienamente espiato e purgato con la pena che avranno subito » [15]).

Tuttavia in difetto di prove era ammessa la condanna ad una pena straordinaria. « Dove il querelato non sia nè confesso nè convinto onde manchi la prova piena e per-

---

[13]) *Riforma della legislazione criminale toscana del dì 30 novembre 1786*, stampata a Siena.

[14]) Vedi in proposito Du-Boisamé, *De la peine de mort*, pag. 158.

[15]) *Riforma* citata, art. LVII.

fetta della sua reità, sia però aggravato da sufficienti indizi potrà il giudice condannarlo a qualche pena straordinaria, purchè questa non passi l'esilio o il confine e solo nel concorso di indizi urgentissimi e di delitto capitale sarà permesso lo stender la pena ad alcuno degli inferiori gradi dei lavori pubblici; ma se per difetto di prova la condanna sarà stata minore dell'ordinaria in niun caso il condannato dovrà soffrire l'esposizione sulla porta del Pretorio nè così dichiararsi al pubblico come debitore di un delitto certo della cui Reità il giudice stesso non è stato abbastanza persuaso » [16]). Ma che il principio « *non bis in idem* » fosse riconosciuto nella legislazione riformatrice di Pietro Leopoldo è cosa che non potrebbe formare oggetto di dubbio. Infatti ad evitare la molteplicità e successività dei giudizi troviamo anche ammesso il concorso di competenza nel caso di più cause pendenti contro lo stesso reo. « Quando accada che uno stesso reo per delitti commessi in diverse giurisdizioni sia processato in più tribunali, quello dei detti tribunali che il primo ne avrà notizia sarà tenuto informarne nel dominio fiorentino il supremo tribunale di giustizia e nel senese l'Auditor fiscale ed essi avranno la facoltà di commettere tutte le cause pendenti contro un tal reo ad un solo Giudice e Tribunale, quale crederanno più opportuno affinchè conosca di ciascuna delle dette cause e tutte le decida, salve le solite partecipazioni, con una sola sentenza. Lo stesso praticheranno i predetti giudici superiori se alcuna delle dette cause sarà stata introdotta nel loro tribunale avocando a sè tutte le altre pendenti come sopra contro lo stesso Reo » [17]).

Ma la legislazione leopoldina aveva precorso i tempi

---

16) *Riforma* cit., art. CX.

17) *Riforma* cit., art. XXXVI.

i quali, a dire il vero, ancora non sembravano maturi per l'abolizione di quella garentigia degli interessi repressivi che si nascondeva sotto il nome dell'*absolutio ab instantia.* È perciò che verso gli ultimi tempi del secolo XVIII si trovano tutt'ora tracce (che non andranno così presto perdute) della assoluzione *pro nunc:* si dica così del Codice feudale della Serenissima Repubblica di Venezia [18]), della *Costitutio criminalis Theresiana* [19]), del *Codice Giuseppino di Procedura* [20]). Anche la nuova legislazione toscana manteneva in vita questa terza forma di sentenza: il paragr. 191 diceva esplicitamente: « Se non è provata nè la reità nè l'innocenza dell'imputato si tiene aperto il processo contro di lui ed invigilata la sua condotta » [21]).

66. — Dal di là delle Alpi, frattanto, già scendeva impetuoso il torrente della rivoluzione francese distruggendo, fra l'altro, anche il vecchio diritto criminale. L'attenzione dell'Assemblea Costituente non poteva non essere attirata su di un principio — come quello della cosa giudicata — che formava oggetto di unanimi richieste e proteste. Nella maggior parte dei « *cahiers* » del clero, della nobiltà e del terzo stato, che domandavano la riforma della procedura criminale, era contenuta la seguente formula: « *tout homme dont le crime n'est pas prouvé doit être acquitté comme innocent* » da cui si traeva come conseguenza del principio della libertà individuale l'abolizione del *plus amplèment informé* e l'applicazione della massima *non bis in idem* [22]). E come derivazione del principio di libertà considerò l'autorità della cosa giudicata

---

[18]) *Codice feudale della Serenissima Repubblica di Venezia*, p. 366.

[19]) *Constitutio Criminalis Theresiana*, 39, 9.

[20]) *Codice Giuseppino di procedura*, § 166.

[21]) *Nuova legislazione toscana*, § 111.

[22]) Martin, *Histoire de France depuis 1789*, tom. I, pag. 6.

criminale la Costituzione del 3-14 settembre 1791 che al capo V, art. 9 espressamente poneva: « *Tout homme acquitte par un jury legal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.* » Il Codice penale del 16-29 settembre 1791 ne regolò l'applicazione pratica. Art. 28 del libro I della parte seconda « *Si les jurés* (d'accusation) *prononcent qu'il n'y a lieu à accusation, le prévenu serà mis en liberté et ne pourra plus être poursuivi à raison du même fait, à moins que, sur de nouvelles charges, il ne soit présenté un nouvel acte d'accusation* » Art. 1 del tit. VIII « *Lorsque l'accusé aurà été déclaré non-convaincu le président prononcera qu'il est acquitté de l'accusation.* » Art. 2 « *Il en serà de même si les jurés ont déclaré que le fait a été commis involontairement sans aucune intention de nuire* » Art. 13 « *Tout particulier ainsi acquitté ne pourrà plus être repris ni accusé pour raison du même fait.* »

In questa legislazione troviamo dunque fatta una distinzione fra le decisioni rese dalle giurisdizioni istruttorie e le decisioni rese dalle giurisdizioni di merito. Queste statuendo definitivamente sulla questione di colpabilità estinguevano l'azione in modo che sul tema deciso non era più possibile ritornare. Quelle al contrario limitandosi a dichiarare la non procedibilità allo stato degli atti e non risolvendo la controversia in modo definitivo, non formavano ostacolo ad una nuova accusa pel medesimo fatto quando nuove prove di colpabilità venissero ad essere in seguito scoperte. Ma fu tuttavia abolito il « *plus amplément informé* » e stabilito che ogni controversia dovesse approdare ad una soluzione definitiva, condanna o assoluzione.

La Convenzione Nazionale consultata sull'applicazione dei testi in parola, sopra il rapporto del suo comitato di legislazione, rese, in data 22 Prairial an. II, un decreto nel

quale si pronunciava in conformità dei suesposti principi statuendo « *que le tribunal du district ne peut se rendre juge de la déclaration du jury et sous pretexte qu'elle n'a pas été motivé sur ce que le fait n'etait pas constant, renvoyer le prevenu devant la police correctionelle* » [23]). Ma a quest'epoca di così grande agitazione non pare che la pratica si uniformasse sempre alle statuizioni della teoria e della legge; e noi vediamo più di una volta esumare accuse già sepolte nei giudicati [24]). Più tardi la Costituzione del 5 Fructidor anno III nel suo articolo 253 disponeva « *Toute personne acquittée par un jury legal, ne peut être réprise ni accusée pour le même fait* ». In seguito la legislazione criminale della Francia subì un ri-

[23]) Duvergier, *Instruction criminelle* prèm. serie, tom. VI, pag. 189, citato da Hélie, *Traité*, I, n. 1263, nota 1.

[24]) Il Desjardins, *Les Cahiers des Etats généraux en 1789 et la Legislation criminelle*, Introduzione, pag. LVI narra: « A ceux qui seraient acquitté la Convention avait promis une indemnité; à ceux qui la réclamaient, Fouquier-Tinville réfusait les pièces necessaires; le bonheur inesperé d'un acquittement devait suffire; il ne fallait pas s'exposer à passer de nouveau en justice au méprise de la chose jugée ». Esempi precisi sono citati dallo Champardon: così quello di *Fretteau* già giudicato ed assolto dal Tribunale Rivoluzionario il 27 Floreal, an. II o poi il 26 Priarial, nuovamente sottoposto a giudizio e condannato a morte (Champardon, *Le Tribunal Révolutionnaire*, tom. I, pag. 346: « Pièces justificatives: archives de l'Empire carton w. 366, dossier 816. Procès de Fouquier, déposition de Grandpré et de Duchateau); e quello della famiglia *Tardieu de Malezy* che fu condannata alla deportazione due giorni dopo ch'era stata ghigliottinata (Cfr. Champardon, *Op. cit.*, pag. 382). Infine dalla raccolta, mese per mese, delle sentenze del Tribunale Rivoluzionario, fatta dallo stesso Champardon (tome II, pag. 217 e seg.) si rileva che quando il giury pronunciava un verdetto di non colpabilità in favore degli accusati, il tribunale condannava questi come sospetti, a rimanere detenuti fino alla pace in virtù della legge del 17 settembre 1793; così fu fatto anche per Fretteau. L'autorità della cosa giudicata non era dunque che un nome.

maneggiamento e ne usci fuori il Codice del 3 Brumaio anno IV. Gli articoli 65, 255 e 426 che trattano della cosa giudicata riproducono la distinzione posta dal Codice del 1791 fra decisioni di giurisdizioni istruttorie e decisioni di giurisdizioni di merito. L'art. 67 stabiliva che la decisione con cui un ufficiale di polizia giudiziaria mette in libertà il prevenuto « *n'etant qu'une decision provisoire de police, n'empêchait pas que le prévenu ne put être recherché et poursuivi du nouveau pour le même fait.* » L'art. 255 contemplando l'ipotesi di dichiarazione di non luogo da parte del giury di accusa, stabiliva che « *le prévenu ne peut plus être poursuivi à raison du même fait à moins que sur de nouvelles charges, il ne soit présenté un nouvelle acte d'accusation.* » Infine l'art. 426 per le dichiarazioni del giury di giudizio fissava che « *tout individu ainsi acquitté ne peut plus être répris ni accusè à raison du même fait* »[25]). Quanto alle eccezioni all'autorità della cosa giudicata, il Codice del 1791 non ne fece menzione e l'Assemblea Costituente ne decretò l'abolizione; ma poco dopo la Convenzione con decreto del 15 maggio 1793 aprì la via della revisione nel caso di due sentenze di condanna inconciliabili pronunziate per uno stesso delitto contro due diversi accusati. Infine il Codice di Brumaio anno IV credette opportuno di ritornare al sistema della Costituente e tolse via ogni eccezione all'autorità della cosa giudicata.

67. — Così in Francia per opera della rivoluzione veniva riconosciuto quale principio di libertà l'autorità della cosa giudicata nelle materie criminali; finchè si giunse al Codice di istruzione criminale del 1808. Ma prima ancora che questo fosse promulgato cioè nel 1806 già nel « *Regno d'Italia* » in cui perdurava vivo il sentimento della tra-

[25]) Cfr. Hélie, *Traité*, I, n. 1263.

dizione scientifica italiana, si metteva mano, principalmente per opera di G. D. Romagnosi, ad un progetto di « *codice di procedura penale* » che veniva approvato in Milano dal vicerè Eugenio Beauharnais l'8 settembre 1807 [26]).

Ed è degno di grande attenzione il modo con cui fu in questo Codice disciplinata l'autorità della cosa giudicata. L'art. 497 posto sotto la Sez. III del Capo II del Tit. III riconosce alle sentenze definitive assolutorie nelle cause di alto criminale l'autorità della cosa giudicata. Art. 497 « Redatto il giudizio del fatto se la Corte abbia pronunciato che l'accusato non è colpevole, essa lo assolve ed ordina che sia rimesso in libertà. *Egli non può più essere tradotto in giudizio per quel delitto.* »

Lo stesso principio era esteso alle sentenze rese dai giudici correzionali. L'art. 363 posto sotto la Sez. I del Titolo II diceva: « Quando il giudice riconosca che l'imputato non è colpevole, ordina che egli sia posto in libertà. In questo caso hanno luogo le disposizioni degli art. 497, 498 e 499. » Nei giudizi di accusa, nelle cause di alto criminale la dichiarazione di rigetto dell'accusa o di dissipazione dell'imputazione non rivestiva autorità di cosa giudicata. Gli art. 409 e 410 posti sotto la Sez. I del Cap. I del Tit. III dicono: Art. 409 « Benchè il Tribunale abbia rigettata l'accusa ed anche dichiarata dissipata l'imputazione non è però precluso l'adito a nuova procedura se sopravvengano altri argomenti per li quali si possa far

---

[26]) Vedi *Codice di procedura penale del Regno d' Italia*, Brescia, Nicolò Bettoni, MDCCCVII, pagg. 139, 103, 116, 198, 160, 4. Si può anche vedere Romagnosi, *Progetto del Codice di procedura penale pel cessato regno d' Italia*, con aggiunte e riforme al medesimo, IV. Ed. Prato, Guasti, 1838 in cui l' indicazione è per §§ invece che per articoli.

luogo ad un nuovo atto di accusa sì contro di lui che contro di qualunque altro imputato. »

Art. 410 « Sono considerati come nuovi argomenti del delitto le dichiarazioni di testimoni che non fossero stati indicati nella precedente istruzione, i documenti o i processi verbali che non fossero stati sottoposti all' esame del Tribunale, e fossero atti o ad avvalorare le prove che il Tribunale avesse trovato insufficienti o a somministrarne di nuove. » Contro la sentenza passata in giudicato era ammessa, nei casi previsti dagli art. 672-679, come rimedio straordinario, il giudizio di revisione. Che cosa si intendesse per sentenza passata in giudicato è poi detto chiarissimamente nell' art. 557: « Ogni sentenza si considera passata in giudicato quando dopo la sua intimazione siano trascorsi i termini rispettivamente concessi ad appellare od a ricorrere in Cassazione contro la medesima e che entro i termini stessi non sia stato interposto l' appello o il ricorso in Cassazione. Infine una, sebbene inesatta, affermazione del principio della cosa giudicata la abbiamo nell' art. 6 quando dice che « L' azione penale si estingue...... con l' espiazione della pena. » E ho detto inesatta perchè, come vedremo, l' espiazione della pena estingue non già l' azione penale che deve ritenersi precedentemente esaurita nel giudicato di condanna, bensì l' azione ed il procedimento di esecuzione.

Ma il codice di procedura penale del regno italico, contro ogni speranza, non meritò il beneplacito del primo Napoleone, ed in suo luogo si ordinò l' applicazione del codice di istruzione criminale francese del 1808. Il quale, durante i più forti anni del dominio Napoleonico, imperando su tutta quanta l' Italia, furono allora in vigore le norme sull' autorità della cosa giudicata in questo Codice contenute e delle quali, perchè ancora in Francia vigenti, più a proposito parleremo là dove si tratta della legislazione comparata.

68. — Ma, cessata la dominazione francese, non per questo si perdette interamente nei governi restaurati in Italia l'eco delle liberali conquiste scientifiche, nè andò smarrita l'influenza delle leggi francesi.

Procediamo in ordine di tempo e di regioni. Nelle provincie lombarde e venete fu — come è noto — ai 24 aprile e 31 maggio 1815 promulgato il codice penale austriaco del 3 settembre 1803 [27]) e in questo non può dirsi veramente fossero rispecchiate tendenze liberali. Tuttavia l'autorità della cosa giudicata si riconosceva. Il § 204 della parte I « *Dei delitti* » sebbene in forma impropria, stabiliva « Se il reo ha compito la pena alla quale fu condannato, il delitto si considera estinto ». E più esplicitamente il § 272 della parte II « *Delle gravi trasgressioni di polizia* » affermava: « Il compimento della pena estingue la trasgressione in modo che *non si potrà ulteriormente procedere per lo stesso titolo*, quando anche si scoprissero in progresso tali circostanze che, ove fossero state dapprima conosciute avrebbero dato luogo ad una pena maggiore. » All'autorità della cosa giudicata si faceva soltanto eccezione nei casi contemplati nei §§ da 471 a 481 in cui era in via straordinaria permesso di riassumere l'inquisizione per nuove circostanze.

Ma questa autorità non riconoscevasi a tutte le sentenze, perchè non tutti i processi terminavano con una sentenza definitiva: si usava anche una terza forma di sentenza, sospensiva, che non era altro in fondo se non l'antica « *absolutio ab instantia.* » Stabiliva, infatti, il § 437: « Se la sentenza dichiara sospesa l'inquisizione per difetto di prove l'inquisito viene condotto innanzi la ma-

---

[27]) *Codice penale universale austriaco pel regno Lombardo-Veneto*, parte I, « Dei delitti » Milano, Regia stamperia, 1815; parte II « Delle gravi trasgressioni di polizia », Milano, R. Stamperia, 1846.

gistratura nel prossimo giorno feriale, gli viene letta la sentenza, poscia consegnata copia della medesima e nello stesso tempo gli è significato da chi presiede che, emergendo nuove prove, verrebbe riassunta l'inquisizione. » E c'era di più. Un decreto *Aulico* del 28 *luglio 1808* (Appendice LII al § 436) stabiliva che anche contro quello che fosse stato dichiarato innocente poteva esser riassunta l'inquisizione nel caso che emergessero nuove prove le quali lasciassero luogo a prevedere con fondamento la sua condanna. Come si vede, l'autorità della cosa giudicata riconosciuta nella forma, riceveva nella sostanza i maggiori affronti.

Il nuovo « *Regolamento di Procedura penale* » promulgato con la sovrana patente del 17 gennaio 1850 [28]) ribadiva anch'esso, sebbene soltanto indirettamente, con l'apportarvi delle eccezioni limitativamente determinate (§ 391 e seguenti) l'autorità del giudicato; ma questa più liberale legislazione non fece a tempo ad essere attuata in Italia pel sopravvenire della reazione ai moti liberali degli anni antecedenti. Nulla immutò di sostanziale sulla legislazione del 1803 quella del 27 maggio 1852 [29]). Il § 225 della parte I e il § 528 della parte II riproducevano le antiche disposizioni « Se il reo ha scontato la pena inflittagli, il crimine è da considerarsi estinto ». « Il compimento della pena estingue delitti e contravvenzioni. » Nell'anno seguente il Regolamento del 1853 riformò la procedura criminale consacrando con notevole larghezza il sistema

---

[28]) *Nuovo Regolamento di procedura penale* promulgato con la sovrana patente del 17 gennaio 1850, Milano, Tipografia della *Gazzetta Ufficiale*, 1850.

[29]) *Codice penale austriaco* attualmente in vigore nel regno Lombardo-Veneto con osservazioni teorico-pratiche di Luigi Oldrato. Milano, Manini, 1852. Vedi perciò le note a pag. 449.

misto; ma ciò nonostante non può dirsi che le norme regolanti la cosa giudicata abbiano fatto un solo passo avanti. Gli art. 362 e 368 riconsacravano il sistema medioevale della « *absolutio ab instantia* » per difetto di prove.

69. — Nel *Regno delle Due Sicilie* il Codice del 1819, la di cui parte IV riguarda la procedura penale, conteneva pure disposizioni sulla cosa giudicata [30]). Avevano valore di giudicati le dichiarazioni di proscioglimento per inesistenza di reato e per estinzione dell'azione penale rese dalla Gran Corte Criminale; in seguito ad esse infatti l'imputato veniva posto in libertà ed era vietato contro di lui ogni ulteriore procedimento (art. 142). In caso di insufficienza di indizi la Gran Corte poteva ordinare più ampie indagini (art. 150); ma poteva anche porre in libertà provvisoria l'imputato (art. 149) e allora disponevano gli art. 162 e 163.

Art. 162 « Pronunziata la libertà provvisoria l'imputato non può per lo stesso misfatto essere tradotto nuovamente davanti la Gran Corte a meno che non sopravvengano nuove prove a di lui carico dentro due anni ».

Art. 183 « Si riguardano come nuove prove i processi verbali che non fossero stati già sottoposti all'esame della Gran Corte, i nuovi indizii, i nuovi documenti, e le nuove dichiarazioni dei testimoni; purchè questi atti avvalorino le prove sulle quali fu prima giudicato l'affare e stabiliscano sufficientemente la reità dell'imputato ai termini dell'art. 155 ». Quanto alle decisioni che chiudevano il giudizio, se condannatorie, avevano sempre autorità di giudicati; per le assoluzioni bisognava invece distinguere secondo che si concretavano nella formula « *consta che non* » o « *non consta* » (art. 277). Le prime avevano autorità

---

[30]) *Codice per il regno delle Due Sicilie*, parte II « Leggi penali », parte IV « Leggi di procedura penale ». Napoli 1819.

piena ed incondizionata di cosa giudicata, le seconde avevano l'effetto di sospendere il procedimento durante il termine di due anni, trascorso il quale divenivano definitive; e non impedivano perciò che nel frattempo, continuando l'istruzione, l'accusato potesse essere nuovamente sottoposto a giudizio (art. 281)[31]).

70. — Più complete e migliori sono le disposizioni che sulla cosa giudicata ha il Codice di processura criminale di *Parma* del 1820[32]). L'art. 424 affermava il principio: « Chiunque fu assoluto legalmente non potrà più essere arrestato nè accusato pel medesimo fatto. » E l'art. 514 lo estendeva anche alle sentenze assolutorie rese in contumacia dell'imputato « L'assoluto in contumacia non potrà più essere tradotto in giudizio per la medesima causa ».

L'autorità della cosa giudicata era però negata alle sentenze di proscioglimento della Sezione di accusa:

Art. 431 « L'inquisito che per sentenza della Sezione di accusa sia posto in libertà non potrà più pel medesimo crimine essere tradotto innanzi al tribunale, quando non sopravvengano nuovi argomenti di prova a di lui carico entro due anni dal giorno della sentenza ».

Art. 332 « I nuovi argomenti di prova possono risultare da'processi che non fossero già stati sottoposti all'esame del tribunale, da nuovi indizi, da nuovi documenti e da nuove dichiarazioni di testimoni, purchè questi indizi e questi atti stabiliscano sufficientemente la reità dell'imputato. »

71. — A *Modena* il Codice Criminale e di Procedura

---

31) Nicolini, *Procedura penale nel regno delle Due Sicilie*, Napoli 1831, parte I, vol. 3, n. 954 a 981. Per quanto riguarda il passaggio in giudicato delle sentenze, vedi D'Avossa, *La formazione della cosa giudicata nella Sicilia continentale*, Napoli 1884.

32) *Codice penale e codice di processura criminale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, Parma 1820.

Criminale degli Stati Estensi[33]), all'art. 338 stabiliva: « Chiunque sia stato legalmente assoluto non può più essere accusato o posto agli arresti pel medesimo fatto. » E gli art. 248 e 249 permettevano, come di solito, la riapertura del processo dopo sentenza di proscioglimento della Sezione di Accusa e quando sopravvenissero nuovi argomenti di prova.

Art. 248 « L'accusato che per sentenza della Sezione sia posto in libertà non può più pel medesimo delitto essere tradotto in giudizio, se non nel caso che sopravvengano nuovi argomenti di prova a di lui carico entro un quinquennio dal giorno della sentenza. »

Art. 249 « I nuovi argomenti di prova possono risultare da processi i quali non fossero stati sottoposti all'esame della Sezione di Accusa, da nuovi indizii, da nuovi documenti o da nuove dichiarazioni di testimoni purchè questi indizi e questi atti stabiliscano sufficientemente la reità dell'imputato ». Infine in applicazione di questi principii l'art. 87 stabiliva: « La pena e l'azione penale si estinguono........ 2) con l'espiazione della pena ».

72. — Frattanto, in Toscana, veniva restaurata l'antica, e già da noi conosciuta, legislazione del 1786 di Pietro Leopoldo, un momento interrotta, nel suo impero, dalla legislazione francese. Ma la legislazione del 1786, buona ai suoi tempi, non lo era più di fronte alle nuove esigenze ed alle nuove tendenze della società; onde Leopoldo II col *Motuproprio* del 2 agosto 1838 riformò l'organamento dei Tribunali ed il rito processuale accogliendo tutte quelle istituzioni che dalle leggi francesi erano passate nei codici italiani[34]). A queste l'autorità della cosa giudicata non

---

[33]) *Codice criminale e di procedura criminale per gli Stati Estensi*, Modena 1855.

[34]) Cfr. Ademollo, *Il giudizio criminale in Toscana secondo la riforma leopoldiana del 1838*, Firenze, Coen, 1840.

era, lo abbiamo visto, estranea; naturalmente quindi anche la legislazione del 1838 doveva adottare qualcuna delle disposizioni francesi in materia. Troviamo infatti un articolo, l'art. 235, che stabilisce anch'esso per le pronunzie del periodo istruttorio quell'autorità condizionale, che non è in fondo un'autorità, la quale abbiamo vista riconosciuta da tutti i Codici italiani già accennati. « La pronunzia della Camera delle Accuse — dice l'art. 235 — con cui venga dichiarato non essere luogo all'Accusa produrrà soltanto l'effetto che l'imputato non possa esser tradotto nuovamente in giudizio pel delitto imputatogli, in quello stato di atti. »

Il principio della cosa giudicata non si affermava cosi che indirettamente. Ma ad una esplicita e tecnicamente perfetta consacrazione legislativa di esso provvide invece il Codice penale che, nel 20 giugno 1853, fu promulgato dall'allora regnante granduca Leopoldo II [35]). L'art. 87 del tit. IX di questo Codice intitolato « Della estinzione della penalità » conteneva la seguente sobria e chiarissima disposizione: « Contro chi è stato assoluto o dimesso definitivamente dal giudizio od è stato condannato od ha ottenuto grazia od amnistia non può esser luogo a nuovo giudizio criminale per causa del medesimo fatto [36]).

73. — Negli Stati della Chiesa il *Regolamento organico di procedura criminale* promulgato dal pontefice Gregorio XVI il 5 novembre 1831 [37]) affermava esplicita-

---

[35]) Cfr. *Codice penale Toscano del 20 giugno 1853 con le variazioni ordinate dalla legge dell' 8 aprile 1856 ed i regolamenti degli stabilimenti penali e di polizia punitiva*, Firenze, Cammelli, 1875.

[36]) Su di essa vedi Mori, *Teoria del Codice penale Toscano*, Firenze 1854, pagg. 114-115: Puccioni, *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta del diritto e della Giurisprudenza*, Pistoia 1855, vol. II, pag. 320-330.

[37] *Regolamento organico e di procedura criminale* del 5 novembre 1831, Roma, Stamperia della Rev. Cam. Apost., 1831.

mente, nell'art. 445, l'autorità della cosa giudicata: « Quando viene dichiarato che l'inquisito non è colpevole, si ordina la di lui dimissione dal carcere e rimane assoluto come innocente nè può essere mai più sottoposto a procedura per lo stesso titolo ». Era però data facoltà al giudice di pronunziare il « *non consta abbastanza* » dietro il quale il processo veniva sospeso entro il termine della prescrizione.

Art. 446 « Se la dichiarazione porta che l'accusato non consta abbastanza colpevole, viene posto provvisoriamente in libertà ma può riassumersi la procedura sul medesimo nell'intervallo sino alla prescrizione, quante volte nuove prove o indizì vengano ad acquistarsi o vengano le precedenti a ricevere schiarimenti maggiori ed efficaci a distruggere lo stato di incertezza che aveva fatto dubitare della reità ». Infine, nel *Regolamento dei delitti e delle pene* del 20 settembre 1832 si trova detto, art. 36: « Il delitto e la pena si estinguono.......... § 2. Colla espiazione della pena ».

74. — Nel *Regno di Sardegna*, correndo l'anno 1827, il re Carlo Felice pubblicò una nuova compilazione, di *leggi civili e criminali*, in cui è contenuta anche una parte che riguarda la procedura criminale [38]). Per quanto l'autorità della cosa giudicata non trovi in essa una espressa affermazione, tuttavia dall'art. 2280 il quale stabiliva che le sentenze dopo trascorsi i termini per le appellazioni o supplicazioni, dovessero mandarsi ad esecuzione, se ne può agevolmente desumere l'implicito riconoscimento. Più tardi il Codice della procedura criminale pubblicato con editto del 30 ottobre 1847 [39]) si occupò a lungo dell'autorità della

---

[38]) *Leggi civili e criminali del Regno di Sardegna* raccolte e pubblicate per ordine di SS. R. M. il Re Carlo Felice, Torino, Alliana, 1827.

[39]) *Codice di procedura criminale per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna*, Torino, Stamperia Reale, 1847.

cosa giudicata; pur limitandosi in sostanza a riprodurre le corrispondenti disposizioni del Codice di istruzione criminale francese. L'art. 438 fissava: « L'accusato assolto e riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento non potrà più essere sottoposto a processo nè accusato pel medesimo fatto ». Lo stesso principio valeva per le sentenze contumaciali. Art. 470: « L'accusato che sarà stato assolto colla sentenza in contumacia od a riguardo del quale si sarà dichiarato non essere stato luogo a procedere non potrà più essere sottoposto a processo nè accusato pel medesimo fatto ». L'autorità della cosa giudicata non era, come di solito, annessa alle dichiarazioni di non luogo della Sezione di Accusa: Art. 367 « L'imputato riguardo al quale la Sezione di Accusa avrà dichiarato che non vi è luogo a rimandarlo avanti alla Corte non potrà più essere tradotto in giudizio pel medesimo fatto a meno che non sopravvengano nuove prove a suo carico. Ed all'alinea, si aggiunge: « Sono considerate nuove prove le dichiarazioni di testimoni, i documenti e verbali che non hanno potuto essere sottoposti all'esame della Sezione di Accusa, e sono atti sia ad avvalorare le prove che la stessa Sezione di Accusa avesse trovate insufficienti, sia a somministrare nuovi lumi utili alla scoperta della verità. »

Siamo così pervenuti alla legislazione italiana attualmente in vigore, cioè al codice di procedura penale del 1859-1865 delle cui disposizioni in materia che non differiscono in sostanza da quelle del Codice di Sardegna, parleremo particolarmente in seguito.

75. — Giunti a questo punto, potremmo senz'altro entrare a discorrere del diritto comparato vigente. Ma ci parrebbe di essere incompleti se tralasciassimo di dire, brevemente, dello sviluppo scientifico fatto dalla dottrina della *res judicata* negli scritti dei criminalisti dei nostri tempi. Accenneremo perciò, in ordine *cronologico* ai lavori

monografici generali comparsi sull'argomento dell'autorità della cosa giudicata penale dal principio fino alla fine del secolo XIX: ciò servirà come una breve storia contemporanea della letteratura scientifica sull'argomento.

A parte le brevi ed incomplete monografie sull'autorità della cosa giudicata sorte sulla fine del secolo scorso in Germania per opera del Böehmer (1762)[40]) dell'Eichrodt (1777)[41]) e dello Stübel (1798)[42]), e alle quali già abbiamo accennato, la prima monografia sull'argomento che veramente sia degna di tal nome è quella del Kleinschrod (1799)[43]), il celebre fondatore dell'*Archiv des Criminalrechts*, nella quale l'autore profonde tutta la sua vasta dottrina e il suo acutissimo ingegno in difesa della tesi dell'assoluta autorità di tutte le sentenze così condannatorie che assolutorie, in materia penale. Non molto tempo dopo, e cioè nel 1803, uscivano contemporaneamente alla

---

[40]) Boehmer I. H., *Dissertatio de sententiis in rem judicatam non transeuntibus* nelle *Exercitationes ad Pandectas*, V, 87, ad lib. XLII *Pand.*, tit. I, § XL: « Denique sententiae latae in criminalibus etiam in rem judicatam non transeunt; et quidem distinguendum est inter *absolutoriam et dfinitivam.* Illa in favorem inquisiti transit in rem judicatam ut tamen ob nova emergentia indicia inquisitio repeti queat. 1, 66. *de accus.*, Granxius *de defens. reor.* c. VI, n. 2, Sect. 2, art. 12. Haec vero in rem judicatam non transit hoc effectu: 1) ut inquisitus ad novam adhuc admitti possit defensionem adeo ut si vel maxime reus postea confessionem retractet adhuc adhuc audiendus sit art. 91 C. C. C. Granxius cit. 1, n. 214; 2) ut si vel maxime condemnatus et poenae jam subjectus fuerit quae tamen restitutionem admittit audiendus sit si innocentiam suam demonstrare ex capite *innocentiae* plene restituendus est. Vedi tt. D *de rest. et sent. possis* ».

[41]) Eichrodt, *Dissertatio de vi rei judicatae*, Göttingen, 1777.

[42]) Stübel, *Progr. de opinione vulgari sententias absolutorias in processu inquisitorio simulac cum reo communicatae sint in rem judicatam transire e jurisprudentia criminali eliminanda*, Vitenb. 1798.

[43]) Kleinschrod G. A., *Ueber die Rechtskraft peinlicher Urtheile* nell'*Archiv* (*altes*) *des Criminal Rechts*, III, lib. II, pag. 20 e seg.

luce, in Germania, due altre monografie fatte in occasione di un concorso bandito a Gottinga il 4 giugno del 1803 dall'Accademia Giorgio Augusto, autori lo Schrader[44]) (da non confondersi con l'omonimo contemporaneo, seguace della scuola storica) e il Gericke[45]); l'ultima delle quali, che conseguì il premio del concorso, benchè non sia che una semplice dissertazione, non è tuttavia priva di certa importanza scientifica e contiene una accurata rassegna critica fatta secondo i principî del diritto romano e canonico delle opinioni allora dominanti e delle questioni che vi si agitavano nella pratica circa l'autorità delle sentenze assolutorie e condannatorie, e circa il momento in cui si effettuava il loro passaggio in giudicato. Più importante, per copia di dottrina e completezza di trattazione, è la monografia uscita in Germania trenta anni dopo (1833) autore il Wendler[46]) di cui si può vedere una diffusa recensione e un benevolo giudizio del Mittermayer nell'*Archiv des Criminalrechts* 1834, pag. 461 e seg. L'anno dopo, ugualmente in Germania comparve la prima parte di una dissertazione del Fabricins[47]), la quale benchè non tratti altro che della autorità della cosa giudicata criminale nel diritto romano (*De re criminali judicata ex jure romano*) tuttavia si presenta come un notevole contributo alla dottrina del tema. Cinque anni dopo venne fuori una monografia del Bauer[48]) sopra l'applicabilità del concetto della

[44]) SCHRADER E., *Commentatio de remediis contra sententias et de re judicata in causis criminalibus*, Gottingae, 1803.

[45]) GERICKE J. B., *Commentatio de re judicata sententiarum criminalium et de remediis quae contra eas afferre licet*, Gottingae, 1803.

[46]) WENDLER A. C., *Dissertatio de re judicata imprimis in causis criminalibus*, Lipsiae, 1833.

[47]) FABRICIUS A., *De re criminali judicata*, Jenae, 1835.

[48]) BAUER A., *Ueber die Unanwendbarkeit des Begriffs des Rechtskraft auf strafgerichtliche Erkenntnisse* nelle *Abhandlungen aus dem Strafrechte* dell'autore, Gottingae, 1840-43, tomo II, pag. 353 e seg.

forza legale (*Rechtskraft*) alla cognizione giudiziale, in cui si sostiene accanitamente la nessuna autorità di cosa giudicata delle sentenze penali di condanna.

In Francia, frattanto, cominciano a comparire le prime monografie sull'argomento per opera del Morin[49]), del Merlin[50]) e del Dalloz[51]); tutte non prive di qualche importanza scientifica e, l'ultima specialmente, assai estesa e completa; e così per un certo tempo, se ne eccettui una insignificante dissertazione di laurea del Reimbert[52]) non abbiamo altro. Ma nel 1868 viene fuori una monografia del Griolet[53]) che è rimasta classica nella materia; nella quale benchè il tema della autorità della cosa giudicata criminale sia preso a svolgere insieme a quello della autorità della cosa giudicata civile, riceve tuttavia un giusto sviluppo ed una autonoma costruzione scientifica.

E questa monografia è la fonte a cui hanno attinto quasi tutti gli autori francesi che posteriormente hanno avuto occasione di occuparsi dell'argomento. Non ha invece grande importanza la dissertazione del Clément[54]) che, nello stesso anno 1868, fu pubblicato in Francia; e neppure quella che l'anno dopo mandò fuori l'Hommey[55]).

---

[49]) Morin A., *De la chose jugée en matière criminelle*, nel *Journal du Droit criminel*, 1841, pag. 129 e seg. e *Revue des Revues de droit*, 1841, pag. 281 e seg.; *Chose jugée* nel *Répertoire général et raisonné du Droit criminel*, Paris, 1850-51.

[50]) Merlin, *Non bis in idem* nel *Répertoire de jurisprudence* e *Chose jugée* nelle *Questions de droit*.

[51]) Dalloz, *Chose jugée* nel *Répertoire de Jurisprudence*.

[52]) Reimbert P. C. M., *Chose jugée*, Thése Droit Francais et Droit Romain, 1865, pag. 157 e seg.

[53]) Griolet, *De l'autorité de la chose jugée au civil et au criminel*, nella *Révue pratique de Droit Français*, tome XXIII, (1868).

[54]) Clément, *De l'autorité de la chose jugée en matière criminelle*, 1868.

[55]) Hommey, *De l'autorité de la chose jugée en matière criminelle*, 1869.

Poco stante (1871) il Glaser [56]), l'illustre ispiratore del regolamento austriaco di procedura penale, in uno studio ricco di erudizione rende familiari agli studiosi tedeschi le applicazioni che del principio dell' autorità della cosa giudicata fanno le legislazioni processuali inglese e francese finchè, nel 1873, in Germania, l' Heffter [57]), in Francia, il Pellefigue [58]), pubblicano due nuove monografie, l' una di maggiore, l' altra di minore importanza, ma ambedue accennanti ad ulteriori progressi scientifici. Di miglior merito sono i lavori posteriori del Glaser [59]), dello Schwarze [60]) pubblicato l' uno pel Dizionario, l' altro per il Manuale dell' Holtzendorff benchè l' argomento non trovi forse in essi uno adeguato svolgimento. Questo invece si ritrova nella monografia del Laurens [61]) pubblicata nel 1885, che è forse la migliore, dopo quella del Griolet, delle monografie dovute alla penna degli autori francesi. In essa l' autorità della cosa giudicata penale è studiata sotto un triplice punto di vista: teorico, storico, positivo. Lo studio teorico è breve e incerto: vi si parla solo della base sociale dell' istituto; lo studio storico è invece ben condotto ed accurato se ne togli qua e là qualche digressione; man-

---

56) Glaser J., *Die Durchführung der Regel non bis in idem im englischen und französischen Strafprozess*, nel *Gerichtssaal*, XXIII, (1871), pag. 1-72, ed anche nei *Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozess*, 2.ª Aufl., Wien, 1883, pag. 890.

57) Heffter A. W., *Non bis in idem im Hinblick auf d. gedr. Entw. einer deutschen Strafprozessordnung*, Berlin, 1873.

58) Pellefigue, *De l' autorité de la chose jugée en criminel*, Toulouse, 1873.

59) Glaser, *Rechtskraft im Strafprozess* nel *Rechtslexicon* di Holtzendorff, terza edizione.

60) Schwarze, *Rechtskraft*, in *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts*, 1877, vol. II, pag. 325 e seg.

61) Laurens Hyppolyte, *De l' autorité de la chose jugée considerée comme mode d' extinction de l' action publique*, Paris 1885.

chevole di sviluppo è lo studio pratico, così per ciò che concerne il diritto francese come per ciò che riguarda le legislazioni straniere; e in complesso la monografia, benchè buona, ha una impronta locale. Carattere più generale e più scientifico ha invece la monografia pubblicata nello stesso anno dal Glaser sulla « consumazione dell'azione penale » [62]); non sono che quaranta pagine, ma in esse è condensata mirabilmente quasi tutta la dottrina dell'autorità della cosa giudicata; e questa monografia si trova quasi integralmente riprodotta nel vol. II dello *Handbuch des Strafprozesses* dello stesso autore. L'anno dopo, 1886, il Roussan [63]) pubblica in Francia un'altra monografia di scarso sviluppo o di poca importanza; e per qualche anno non se ne vedono altre. Ma nel 1891 in Germania il giudice Max Berner [64]), che non deve andar confuso col suo illustre zio Alberto Federico dell'Università di Berlino, pubblica una monografia che è certamente la più completa ed esauriente fra quante ci furono date dagli autori tedeschi: vi difetta però la parte storica e di diritto comparato, onde il lavoro assume anch'esso un aspetto ed una importanza locale e non si allontana dalle traccie del diritto positivo tedesco. La conoscenza di questo vi è tuttavia ampia e razionale, e il tema riceve sotto questo punto di vista tutto lo sviluppo di cui è capace. Qualche anno più tardi (1894) il Lacoste [65]), professore di diritto alla

---

[62]) Glaser, *Der Verbrauch der Strafklage nach deutschem Strafprocessrecht* nella *Zeitschrift für das Privat-und öffentl. Recht der Gegenwart* XII (1885), 303-344.

[63]) Roussan H., *De l'autorité de la chose jugée au civil et au criminel en droit romain et en droit français*, Rennes, 1886, pag. 314.

[64]) Berner, *Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess*, Leipzig 1891, pag. 132.

[65]) Lacoste, *De la chose jugée en matière civile criminelle disciplinaire et administrative*, Paris 1894. Estratto dal *Répertoire général alphabetique de droit français*.

Facoltà giuridica di Aix, pubblica nel *Répertoire génèral alphabetique de droit français*, una monografia la quale benchè abbia per tema l'autorità della cosa giudicata non soltanto in materia penale ma ancora in materia civile, disciplinare e amministrativa, tuttavia è degna di menzione anche per ciò che interessa il penalista.

In questa monografia il merito propriamente scientifico è, è vero, ben poco e d'altronde esso pecca altresì di soverchia brevità. Ma per compenso il lavoro è ordinato, accurato, e mostra tale un possesso della giurisprudenza da renderlo veramente utile per la pratica forense. Minor conto ha il recente lavoro del Baraveau [66]) pel difetto di indagini storiche e comparate e di critica scientifica.

In Italia nessuna completa monografia è uscita finora sull'argomento; vi sono bensì articoli di rivista, riguardanti uno o più punti controversi, o note di giurisprudenza, ma nessun lavoro di indole generale monografica.

---

[66]) Baraveau. *De l'influence de la chose jugée sur l'action publique.* Thése pour le doctorat. Paris, 1898.

Sezione Terza. — Il diritto vigente
(*Legislazione Comparata*) [1])

Capitolo I. — Il principio dell' autorità della cosa giudicata nelle legislazioni vigenti.

76. — Il principio " *ne bis in idem* „ costituisce un generale *ius receptum*. Diversità di riconoscimento legislativo. — **77.** *A*) I. Sistema: il principio viene tacitamente presupposto, ma non espressamente consacrato in un testo formale. Legislazioni che vi appartengono. — **78.** *B*) II. Sistema: esistenza di una apposita ed espressa disposizione legislativa. Sottospecie: *a*) Collocazione della formula legislativa nella Costituzione. — **79.** *b*) Collocazione della formula legislativa nel Codice di procedura penale. Specialmente: 1.°) fra le disposizioni concernenti la sentenza; 2.°) fra le " Disposizioni generali " del Codice di procedura; 3.°) fra le disposizioni concernenti l' estinzione dell' azione penale. — **80.** *c*) Collocazione della formula legislativa nel Codice penale. Specialmente: 1.°) fra le disposizioni concernenti l' estinzione dell' azione penale. 2.°) fra le disposizioni preliminari al Codice penale.

76. — Il principio per il quale non si può risollevare in un secondo giudizio una questione criminale già giudicata, come quello che è una logica ed immediata derivazione del principio di libertà individuale, e costituisce un presidio dell' innocenza ed un limite della attività repressiva dello Stato, non poteva non essere formalmente riconosciuto e consacrato dalle moderne vigenti legislazioni, sorte tutte, dai primi fino agli ultimi anni del XIX secolo, all' ombra di quei sani principii di libertà civile e di più retto intendimento dei rapporti fra l' individuo e lo Stato che sulla fine del secolo scorso dilagarono dalla Francia in tutte le nazioni civili. La regola *ne bis in idem*

[1]) Ci limitiamo a dar qui i principii generali delle varie legislazioni riserbando alla trattazione particolare i particolari raffronti fra il diritto italiano e il diritto straniero delle più importanti nazioni.

costituisce oggi, adunque, una regola di diritto universale, un saldo e generale *ius receptum*, o espressamente consacrato, o tacitamente sottinteso, da tutte le vigenti legislazioni penali processuali. Ma le modalità di riconoscimento legislativo non sono dappertutto le stesse; che anzi può riconoscersi in esse due diverse correnti sistematiche, a seconda delle quali noi le raggrupperemo nella esposizione che ne andremo facendo.

77. — *A*) I. *Sistema.* — Un primo sistema, proprio delle legislazioni tedesche e di tipo tedesco, consiste, non già nell'affermare esplicitamente in un testo formale il principio *ne bis in idem*, ma nel presupporlo implicitamente come scatente dalle numerose applicazioni che se ne fanno qua e là nel generale sistema legislativo di procedura.

Il prototipo di questo sistema, che perciò abbiamo detto tedesco, è il *Codice di procedura penale Germanico* del 1.° febbraio 1877 [2]). Invano in esso cercheresti un articolo di legge espressamente consacrante l'autorità della cosa giudicata. Ma esso permette nondimeno di affermare che il vigore di tale principio è presupposto quasi come evidente di per se stesso [3]). Che il legislatore tedesco abbia

---

[2]) *Strafprozessordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich*, Berlin, Verlag von J. Guttentag, 1877. Ve ne sono ottime traduzioni italiane e francesi: fra le prime, vedi il Codice di procedura penale e legge dell'ordinamento giudiziario per l'Impero Germanico traduzione a cura della *Rivista Penale* diretta da Luigi Lucchini, Roma 1878; Fioretti nel *Manuale di Legislazione Universale*, Serie I, vol. XIV « *Le leggi penali della Germania* » con una introduzione del Pessina, Napoli, 1888; fra le seconde quella del Daguin, *Code de procédure penale Allemand* du 1er février 1877, Paris, Impr. Nat. 1884.

[3]) Tutti gli autori sono concordi in questa affermazione. Cfr. Meves, *Handbuch des deutschen Strafprozessrechts herausgegeben von* Fr. von Holtzendorff 2 Bände, Berlin, 1879, II, pag. 414 sub 2 e 416 sub 4; Geyer, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig,

voluto incondizionalmente riferirsi al *ne bis in idem*, si argomenta anzitutto dai *motivi* della legge [4]) perchè la modificabilità dell' accusa, nei rapporti fra accusa e sentenza, fu introdotta appunto per far luogo alla più ampia applicazione della regola *ne bis in idem* [5]). Un' altra prova si ha in ciò che lo *Strafprocessordnung* permette la riassunzione di un procedimento chiuso con sentenza passata in giudicato e il rinnovamento dell' azione penale solo sotto specialissime condizioni e forme (*Viertes Buch* § 210 StPO « *Wiederaufnahme eines durch rechts-kräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens* »); onde all' infuori dei casi eccezionali ivi contemplati, ogni altra ripresa del procedimento deve ritenersi inammissibile anche senza uno speciale

---

1880, pag. 879, sub V: GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, 2 Bände, Leipzig, 1883-85, II, 62, 63, 69: STENGLEIN, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Stuttgart, 1887, pag. 128: KRIES, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg, 1892, pag. 593, ULLMANN, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, München, 1893, pag. 626-28: BENNECKE, *Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts*, Breslau, 1895, 686 n. 19, 690 n. 17, 692 n. 4, 714 n. 28, 715 n. 29; BIRKMEYER, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin, 1898, Verlag von H. W. Müller, pag. 673-685; e altri che contenendo maggiori sviluppi citeremo man mano nella trattazione. Sullo svolgimento storico del principio in Germania e sul diritto anteriore al vigente v. PLANK, *Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnungen seit 1848*, Göttingen, 1857, pag. 132 n. 2 e 140 sub d; e, *Merheit der Rechtsstreitigkeiten*, Göttingen, 1884, § 4, pag. 24 e seg.; ZACHARIAE, *Handbuch des deutschen Strafprozesses*, 2 Bände, Göttingen, 1866, pag. 655-687; BERNER, nel *Goltdammers Archiv*, Bd. III, pag. 472 e seg.; HEFFTER, *Non bis in idem*, Berlin, 1873, pag. 5 e seg.

[4]) Cfr. HEFFTER, *Non bis in idem*, Berlin, 1873, pag. 28.

[5]) Cfr. *Entscheidungen des Reichtsgerichts in Strafsachen*, II, 347, VIII, 138, III, 132 e 385. Su questo grave argomento della correggibilità dell' azione nei suoi rapporti con l' estensione della cosa giudicata v. GLASER, *Das Verhältniss des Urtheils zur Strafklage*, nel *Gerichtssaal*, vol. XXXVI, Stuttgart, Enke, 1884, Estratto, pag. 92.

riconoscimento legislativo del principio [6]). Infine vi sono due altri argomenti, che fanno supporre che una cosa una volta decisa non possa nuovamente decidersi; e cioè: *a*) il fatto che una causa pendente in giudizio, o di cui la decisione costituisce ugualmente il termine, forma ostacolo ad un altro processo [7]) e *b*) il fatto che fra parecchi tribunali competenti spetta la preferenza a quello che prima degli altri ha aperto l' inchiesta (§ 12, Sez. I dello StPO) [8]).

Un sistema assolutamente analogo segue il *Codice di procedura penale austriaco* del 23 maggio — 30 giugno 1873 [9]). Anche qui la correggibilità dell' azione (§ 267); la preferenza data, fra parecchi giudici competenti, a quello che per primo ha assunto un atto di istruzione (§ 51) e specialmente la possibilità, ristretta a determinati casi, di riassumere, dinanzi ad uno stesso tribunale, il procedimento terminato con una sentenza passata in giudicato (§ 352 a 363) stanno a dimostrare l' implicito riconoscimento legislativo del principio *ne bis in idem* [10]). Lo stesso è a

---

[6]) Cfr. ad es. Löwe, *Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz mit Commentar*, 6.ª Aufl., Berlin, 1890, lib. II, sez. I, n. 28; Glaser, *Handbuch des deutschen Strafprozesses*, Leipzig, 1885, vol. II, pag. 641.

[7]) Cfr. Glaser, *Der Verbrauch der Straf. Klage nach deutschen Strafprocessrecht* nella *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht. der Gegenvart*, vol. XII (1885), pag. 342-344.

[8]) Cfr. Berner Max, *Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess*, Leipzig, Tauchnitz, 1891, § 1, pag. 2; Glaser, *Gegenseitige Beziehungen mehrerer Strafsachen Gerichtssaal*, vol. XXXVII, Stuttgart, 1885, pag. 81-123.

[9]) Vedine le traduzioni italiana e francese; l'una nel *Manuale di procedura penale* del Weiscke, trad. Zei o Benelli, introduzione del Carrara, Firenze, Cammelli, 1874, pag. 265-461; l'altra dal titolo *Code d' instruction criminelle autrichien traduit et annoté* par Bertrand et Lyon-Caen.

[10]) Vedi Bertrand et Lyon-Caen, *Op. cit.*, pag. 172-179; Ullmann, *Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrechtes*, Innsbruck, 1882, § 196 e seg.

dirsi del recente *Codice di procedura penale Ungherese* del 4 dicembre 1896 [11]) il cui capo XXI (art. 444-462) contempla, restringendola entro casi determinati, la riassunzione del processo dopo una sentenza passata in giudicato e del *Codice di procedura penale Norvegese*, 1.° luglio 1887 [12]) nei cui §§ 413-423 è pure stabilita una limitata riapertura del processo.

Neppure il *Cantone Ticino* ha esplicite disposizioni in materia. Il suo *Codice penale* del 1.° luglio 1873 [13]) benchè abbia un titolo, il VII, che parla « *dei modi con cui si estinguono l'azione penale o la pena* » (art. 88 e seg.) tuttavia non annovera la cosa giudicata fra le cause di estinzione dell'azione. Ma l'esistenza del principio dell'autorità del giudicato non potrebbe ciò non ostante formare oggetto di dubbio dal momento che nel recente *Codice di procedura penale* del 3 maggio 1895 [14]) sono tassativamente contemplati e determinati i casi in cui può eccezionalmente farsi luogo alla revisione del giudicato (art. 249-258). Nulla parimenti si rinviene nella legislazione del *Cantone dei Grigioni* [15]), e nella legislazione penale *portoghese* che pure nel capitolo XII (art. 88 e seg.)

---

[11]) *Codice di procedura penale Ungherese* con introduzione di FAUSTINO HEIL. Estratto dalla *Rivista penale* diretta da L. LUCCHINI, Torino, Un. Tip. Editrice, 1899.

[12]) *Codice di procedura penale Norvegese 1.° luglio 1887 con le successive modificazioni*. Traduzione, note e ragionamento del Prof. E. BRUSA, Torino, Bocca, 1900, pag. 113.

[13]) *Codice penale per il Cantone Ticino*, Ed. Uff., Bellinzona, Tipolit. Cantonale, 1873.

[14]) *Codice di procedura penale 3 maggio 1895*, Bellinzona, Tipolit. Cant., 1895 e su di esso GABUZZI, *Sulla riforma della procedura penale ticinese memoria al lodato dipartimento di giustizia*, Bellinzona, Tip. Cantonale, 1893.

[15]) *Raccolta Ufficiale delle leggi del Cantone di Grigione*, vol. II, *Giustizia Criminale*, Coira, 1865.

discorre della « *extinçcão de responsabilidad criminal* » [16]). Nell' ordinanza di procedura penale per la *Bosnia* e l' *Erzegovina* del 30 gennaio 1891 [17]) il sistema è lo stesso; il principio vien supposto con l' apportarvi, ai §§ 311-322, l'eccezione della riapertura del processo (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) e così nel Codice di procedura penale per la *Croazia* del 17 maggio 1875 [18]) e nelle leggi Criminali di *Malta* [19]). In tutte queste legislazioni l' autorità della cosa giudicata benchè non affermata con esplicita e formale disposizione legislativa, si fa valere, nelle varie e molteplici applicazioni di cui è praticamente suscettibile, ad opera della dottrina e della giurisprudenza. Ed ugualmente alla pratica ed all' opera dei giuristi è affidato in Inghilterra ed in Scozia il riconoscimento del principio « *ne bis in idem* » [20]).

78. — *B*) II. *Sistema.* — E passiamo a quelle legislazioni le quali hanno creduto di dovere, con espresse e formali disposizioni, affermare e riconoscere il vigore del principio dell' autorità della *res judicata*. E qui pure ci troviamo di fronte ad una grande varietà di sistemi.

a) Alcune nazioni sull' esempio delle Costituzioni francesi del 3-14 settembre 1791 (*Déclarations des droit de l' homme et du citoyen* ch. I, art. 9) e del 5 Fructidor anno III (art. 253) — di cui già abbiamo discorso — pongono il principio della autorità della cosa giudicata penale nelle loro Carte Costituzionali. Così fanno quasi tutti gli

---

16) *Carta de lei de 14 de junho de 1884 approvando a nova reforma penal*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1884.

17) *Die Strafprozessordnung für Bosnien und die Herzugovina vom 30 Iänuar*, 1891, Wien, 1891, pag. 174.

18) *Code de procedure penale pour la Croatie* du 17 mai 1875, trad. franc., 1875.

19) *Leggi Criminali per l' isola di Malta e sue dipendenze*, Malta, 1871.

20) Vedi in seguito.

Stati Uniti di America[21]). Questo sistema si fonda sulla considerazione essere il principio dell'autorità della cosa giudicata un principio costituzionale, una derivazione del principio di libertà individuale; e fino ad un certo punto non può dirsi inesatto. Ma in contrario è da osservarsi che quasi tutte le statuizioni penali processuali sono applicazioni o conseguenze del principio di libertà individuale e non per questo trovano la loro sede opportuna nella Costituzione; e che, d'altronde, il considerare l'autorità della cosa giudicata esclusivamente come una derivazione del principio di libertà, significa guardare in modo unilaterale ed incompleto alla natura dello istituto perchè l'autorità di cosa giudicata non riveste e non deve rivestire soltanto le sentenze di assoluzione, bensì anche quelle di condanna e non protegge nè deve proteggere soltanto l'interesse della libertà e dell'innocenza, bensì anche quello della repressione e persecuzione dei reati.

79. — *b*) Vi è poi un secondo gruppo di legislazioni le quali pongono le norme regolatrici dell'autorità della cosa giudicata penale nel loro *Codice di procedura*. E questo sistema, in linea generale, è da approvarsi perchè, come in seguito vedremo, l'autorità della *res judicata* è un istituto di diritto penale processuale, e la consumazione dell'azione mediante la *res judicata*, in cui l'autorità di questa consiste, si fa valere nel secondo giudizio con un apposito e regolare organo processuale che è l'eccezione perentoria di cosa giudicata.

Ma se il disciplinare l'autorità della cosa giudicata nel codice di rito penale è cosa giusta, in linea di principio, non per questo si può dire che siano giuste ed encomiabili tutte le modalità di disciplina che si rinvengono

---

[21]) Cost. Amend. art. 5. Costituzione della Luisiana del 1879. Costituzione della California del 7 maggio 1879, sezione 13.ª

nei vigenti codici di procedura stranieri le quali sono varie e diversissime da Codice a Codice.

α) Un primo modo di regolare legislativamente l'autorità della cosa giudicata è dato dal *Codice di istruzione criminale francese del 1808*. Esso si caratterizza principalmente per ciò che l'autorità della cosa giudicata non si trova in esso affermata, come sarebbe giusto, una volta per sempre, quale divieto generico di risollevare ulteriormente una disputa criminale già decisa con un pronunziato definitivo; ma si trova considerato nelle sue, e neppur tutte, applicazioni particolari; e non viene considerato quale effettivamente è, cioè come un principio ed una teoria a se e per se stante, bensì soltanto come un effetto della sentenza e quindi come una teoria pedissequa, quasi una appendice, della teoria della sentenza. Il *Code d' instruction criminelle* ha infatti due articoli l'art. 360 e l'art. 246 in cui vien fatta applicazione del principio della cosa giudicata, una volta a proposito del verdetto assolutorio dei giurati ed un'altra a proposito delle sentenze di non luogo della Camera d'Accusa; e questi articoli troppi in se per lasciar intendere il riconoscimento della regola *ne bis in idem* da parte del legislatore, sono invece pochi ove li si considerino (come effettivamente sono) quali applicazioni della regola stessa, giacchè ben più numerose sono le applicazioni di cui il principio stesso è suscettibile. Non esitiamo a qualificare questo sistema come empirico ed inesatto così dal punto di vista della tecnica legislativa che da quello della ermeneutica giuridica anzitutto perchè riconosce in modo obliquo ed indiretto e regola in modo inorganico e frammentario l'autorità della cosa giudicata; e in secondo luogo perchè parte dal falso supposto che l'istituto della cosa giudicata non abbia ragione di essere come teoria autonoma nella trattazione scientifica e sistematica del procedimento penale. Forse però non può far-

sene carico al legislatore francese che non fece su questo punto, come in molti altri, che rispecchiare e adottare, sotto forma di legge le ancora monche ed imperfette teorie scientifiche allora in voga sulla materia della cosa giudicata.

Il sistema francese ha avuto anche su questo argomento, molto seguito di imitazioni legislative. A parte le servili imitazioni che ne fecero alcuni dei Codici preesistenti in Italia anteriormente alla unificazione politica, e delle quali già abbiamo discorso, si possono annoverare fra le legislazioni che hanno seguito, fino alla lettera, le traccie del Codice francese, il *Codice di istruzione criminale belga* (art. 246, 247 e 360)[22]) il *Codice di istruzione criminale del Cantone svizzero di Ginevra* (art. 360)[23]) il *Codice di istruzione criminale del Granducato di Lussemburgo* (art. 360)[24]). Meno spinta, ma sempre accentuata, è l'imitazione francese nel *Codice di procedura penale del Cantone di Valais* (art. 301 e 193)[25]), nel *Codice di istruzione criminale del Principato di Monaco* (art. 322 e 375)[26]) nel *Codice di procedura penale italiano del 1866* (art. 518, 540, 545, 266), nel *Codice di procedura penale greco* del 1834 (art. 84, 349)[27]), nei *Codici di procedura penale* dei Cantoni svizzeri di *Argovia*[28]) (§ 366) e di *Solothurn* (§ 430)[29]).

---

[22]) *Code d'instruction criminelle edition par* A. DELEBECQUE *et* J. B. HOFFMANN, Bruxelles, 1873.

[23]) *Code d'instruction criminelle du Canton de Genève*, Genève, 1875.

[24]) *Code d'instruction criminelle du Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, 1850.

[25]) *Code de procedure pénale du Canton de Valais*, Sion, 1849.

[26]) *Principauté de Monaco, Code d'instruction criminelle*, Monaco, 1874.

[27]) Ποίνικη Δικονομία — Παράρτηματοις Αριθμοῦ τῆς 'Εφημερίδος — Ναυπλίῳ 1834.

[28]) *Strafprozessordnung für den Kanton Aargau*, von 3 märz 1858.

[29]) *Strafprozessordnung für den Kanton Solothurn* von 18 juli 1874, Solothurn, 1874.

B) Una seconda e meno generale tendenza si può scorgere in legislazicni che pur accogliendo nel loro Codice di procedura il principio della cosa giudicata, credettero trovargli sede più opportuna collocandolo fra le *Disposizioni generali* premesse al Codice stesso, come un principio che ha carattere generale e non protegge soltanto questa o quella sentenza di questo o quel tribunale, ma è proprio ad ogni decisione che abbia carattere definitivo. A questo gruppo appartengono il *Codice di procedura penale per il Cantone di Berna* [30]) (art. 5), il *Codice di procedura penale del Cantone di Friburgo* (art. 15) [31]), e il *Codice di procedura penale del Cantone di Vaud* (art. 5) [32]).

Questo modo di collocare la formula legislativa regolatrice dell' autorità della cosa giudicata, pur non essendo inesatto ed essendo certamente migliore di quello seguito dal legislatore francese, tuttavia non ci pare preferibile ad un altro e più esatto sistema di cui stiamo per dire.

γ) Parlo del sistema che fu adottato nel Progetto del Codice di Procedura criminale per l' Impero del Giappone [33]), presentato al Senato nel settembre del 1879, ora però sostituito dal Codice di procedura penale del luglio 1894 e che consiste nel considerare la cosa giudicata come una causa di estinzione dell' azione penale e nel porla quindi là dove si parla della estinzione dell' azione penale (art. 8). Questo sistema è particolarmente approvabile, non solo come un sobrio esempio di applicazione legislativa del prin-

---

30) *Code de procédure pénale pour le Canton de Berne*, Berne, Impr. de Rodolphe Jeuni, 1854.

31) *Code de procédure penale du Canton de Fribourg*, Fribourg, Fraguiére, 1873.

32) *Code de procédure penale du Canton de Vaud du 1er février 1850*, Lausanne, 1850.

33) *Projet du Code de procédure criminelle pour l' Empire du Japon présenté au Senat par le Ministre de la Justice* le 9e mois de la 12e année de meiji (septembre 1879), Tokio, Seisibunsha, 1879.

cipio *ne bis in idem*, bensì anche come pienamente rispondente alla retta concezione scientifica dell'autorità della cosa giudicata. Se infatti questa autorità proviene dal divieto del *bis in idem*, cioè dal divieto di porre nuovamente in discussione e in giudizio una *res* già *judicata*, e se, per questo divieto, l'azione non può riproporsi, vuol dire che l'azione stessa deve ritenersi *consumata* col giudicato e che in questa consumazione, cioè in questa estinzione, sta la così detta *autorità* di questo. E sotto un altro punto merita encomio il legislatore del Giappone, cioè per aver ricondotte le norme relative alla materia dell'azione (e come tale anche quella che riguarda la *res judicata*) in quel Codice di procedura che è la propria e naturale sua sede.

80. — *C*) Infine vi è un terzo gruppo di legislazioni le quali pongono le norme regolatrici dell'autorità della cosa giudicata nel loro *Codice penale*. Questo sistema non è da approvarsi perchè l'autorità della cosa giudicata e la relativa *exceptio*, con cui si accampa nel posteriore procedimento, benchè riguardi anche il diritto materiale, è tuttavia un istituto di diritto formale che si trova a disagio in un Codice di statuizioni giuridiche astratte e sostanziali. E anche questo gruppo si suddistingue

α) La maggior parte di queste legislazioni considera l'autorità della cosa giudicata come una causa estintiva dell'azione penale e le annovera appunto in mezzo alle cause che tolgono vita all'azione ed alla responsabilità che le è madre. In queste legislazioni si contano: il *Codice penale per la Repubblica di S. Marino* del 1865 (Cap. 1 « Dei modi di estinguere l'azione penale » Tit. VII « Dei diversi modi di estinguere l'obbligo di soggiacere alla pena (art. 99 e 119)[34]); il *Codice penale Olandese* del 3 marzo

[34]) *Codice penale della Repubblica di S. Marino*, Pesario Nobili, 1865.

1881 (Tit. VIII « Estinzione dell' azione penale e della pena » art. 68) [35]); il *Codice penale spagnuolo* del 17 giugno 1870 [36]) (art. 132); il *Codice penale della Repubblica del Chilì* (art. 93) [37]). Questo modo di considerare l'autorità della cosa giudicata è, come abbiamo detto, degno di ogni lode: e solo può trovarsi a ridire sulla collocazione della materia dell' azione, cui la cosa giudicata appartiene, nel codice di rito.

β) Fra le legislazioni che prendono a regolare nel Codice penale l'autorità della cosa giudicata ve ne sono poi alcune, e sono la minor parte, le quali pongono la norma relativa nella parte introduttiva del Codice fra le « Disposizioni preliminari » o « generali ». Così il giovane *Codice penale della Repubblica e del Cantone di Neuchâtel* del 12 febbraio 1891 (Lib. 1, Disposizioni generali, art. 4) [38]), il *Codice penale del 1873 pel Cantone di Friburgo* [39]), e l' *Ordinanza reale per la promulgazione della legge penale svedese del 1864* [40]).

[35]) *Codice penale Olandese* 3 marzo 1881 tradotto e annotato a cura della *Rivista Penale* con cenni storici per EMILIO BRUSA, Firenze, Le Monnier, 1882, pag. 16; vedi pure *Progetto del Codice penale Olandese* (1875) tradotto ed illustrato dal prof. EMILIO BRUSA, pag. 32, *nota*.

[36]) *Codigo penal reformado, mandado a publicar provisionalmente en virtud de autorizacion concedida al Gobierno con la lei de 17 de junio 1870*, Ed. Uff., Madrid, 1870.

[37]) *Codigo penal de la republica de Chile*, Santiago de Chile, Imprenta de la Repùblica, 1875 — e il *Commento* sul medesimo di ROBUSTIANO VERA, Santiago de Chile, 1883, pag. 267.

[38]) *Rèpublique et Canton de Neuchâtel Grand Conseil — Bulletin concernant le Code pénal*, 1891.

[39]) *Code pénal du Canton de Fribourg*, Fribourg, Imp. Fraguière, 1873.

[40]) *Ordonance Royale sur la promulgation de la Nouvelle loi pénale et sur ce qui est à observer à son égard* — Donnée au Chateau de Stockholm le 16 février 1864, Stockolm, Norstadt, 1866.

CAPITOLO II. — **Le applicazioni del principio.**

81. Le applicazioni legislative del principio " *ne bis in idem.* " — *Francia.* Code d'instruction criminelle de 1808. I lavori preparatori: il Consiglio di Stato: la dottrina e la giurisprudenza francese. — **82.** *Belgio.* Code d'instruction criminelle e legge interpretativa del 21 aprile 1850. Leggi del 17 aprile 1878, del 12 marzo 1850, del 4 ottobre 1867. — **83.** *Lussemburgo.* Code d'instruction criminelle. — **84.** *Principato di Monaco.* Codice di procedura penale del 1.° marzo 1874. — **85.** *Olanda.* Codice penale 3 marzo 1881. Codice di procedura penale del 1881. — **86.** *Spagna.* Compilacion general del 16 ottobre 1879. Codigo penal del 1870. Ley de Enjuiciamento criminal del 14 settembre 1882. — **87.** *Repubblica di S. Marino.* Codice penale del 1865. — **88.** *Svizzera.* Codice penale e codice di istruzione criminale di Ginevra. Codice di procedura penale di Vaud 1.° febbraio 1850. Codice di procedura penale di Valais 24 novembre 1848. Codice di procedura penale di Berna. Codice penale di Friburgo. Codice penale e codice di procedura penale di Neuchâtel. Strafprozessordnung di Argovia. Strafprozessordnung di Solothurn. Strafprozessordnung di S. Gallen. Codice di procedura penale ticinese. — **89.** *Grecia.* Codice di procedura penale del 1834. — **90.** *Svezia.* Ordinanza del 16 febbraio 1864. Codice di procedura penale del 1734. — **91.** *Germania.* Strafprozessordnung del 1877. — **92.** *Austria.* Regolamento di procedura penale del 1873. — **93.** *Gran Bretagna.* I) *Inghilterra.* La *common law.* — **94.** *Scozia.* Diritto comune scozzese. **95.** *America del Nord.* Stati dell'Unione. Codice di procedura penale di New York. Codice di procedura penale del Messico. — **96.** *America del Sud.* Codice penale del Chili. Codice penale e codice di procedura penale dell'Uruguay. — **97.** *Giappone.* Codice di procedura penale. — **98.** *Legislazione Musulmana.* — **99.** *Legislazione degli Hovas.*

81. — Abbiamo visto come il principio dell'autorità della cosa giudicata, ora tacitamente, ora espressamente, ora in uno, ora in altro testo di legge, ora in una sede ora in un altra, sia stata però universalmente riconosciuta dalle vigenti legislazioni. Ma non sarà inopportuno scendere ora all'esame delle principali applicazioni che del principio hanno fatto le diverse legislazioni; rimandando tuttavia al seguito della trattazione le indagini di natura più particolare. Rispetto allo studio delle applicazioni, invece di raggruppare per sistemi, le differenti legislazioni, studieremo isolatamente e successivamente ciascuna di esse.

Francia. In Francia il *Code d' instruction criminelle* del 1808 applica, come dicemmo, il principio negli articoli 360 e 246.

Art. 360 « *Toute personne acquittée légalement ne pourra être plus réprise ni accusée à raison du même fait.* »

Art. 246 « *Le prévenu à l'égard duquel la Cour d'Appel aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi à la Cour d'Assises, ne pourra plus y être traduit à raison du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges* ». Come si vede il legislatore del 1808 riproduce in questa materia la distinzione già consacrata dalle a noi note leggi del 1791 e dell'anno IV fra le decisioni delle giurisdizioni di giudizio e le decisioni delle giurisdizioni istruttorie alle une concedendo alle altre negando autorità di cosa giudicata. L'affermazione di queste regole durante i lavori preparatorii del Codice non dovette dar luogo ad alcuna difficoltà perchè, secondo i processi verbali del Consiglio di Stato, questi articoli furono adottati senza discussione alcuna[1]). Se si dovesse stare alla lettera dell'articolo 360 si dovrebbe dire che l'autorità della cosa giudicata si applica unicamente alle assoluzioni pronunciate dal giury; questo testo, infatti non si spiega circa l'effetto delle sentenze dei Tribunali di semplice polizia, e delle sentenze dei Tribunali correzionali quando non vi è stato appello, nè sull'effetto delle sentenze rese in grado di appello dai Tribunali correzionali, nè su quello delle sentenze rese dalla Corte di Assise dopo una dichiarazione dei giurati e in conseguenza di questa dichiarazione[2]). Fu tuttavia ricono-

[1]) Cfr. Locré, *Législation civile et criminelle*, Paris, 1836, tomo XXV, pag. 378 et 407, séances des 5 et 16 juillet 1808.

[2]) Cfr. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, voce *Non bis in idem* n. 4; Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelles, 1863, vol. I, n. 1264, pag. 557; Laurens, *De l'autorité de la chose jugée*, Paris, 1885, pag. 111; Baraveau, *De l'influence de la chose jugée sur l'action publique*, Paris, 1898, pag. 9.

sciuto in un Avviso del Consiglio di Stato (25 ottobre 1806) approvato dall'imperatore e trasformato in legge del 12 novembre 1806 che la massima *non bis in idem* dovesse considerarsi come un principio generale fondamentale. « *Ce jugement ayant passé en force de chose jugée il a tous les droits d'une vérité incontestable: res judicata pro veritate habetur* » [3]). Così la giurisprudenza e la dottrina francese sono, come appresso vedremo, unanimi nel considerare l'autorità della cosa giudicata come una massima essenziale di diritto pubblico e nell'applicarla ad ogni decisione definitiva resa dal magistrato avente piena giurisdizione [4]) così che per lo stesso fatto, quale fu giuridicamente qualificato, non è più possibile alcuna ulteriore persecuzione.

D'altronde lo stesso legislatore francese occupandosi di materie speciali, non ha esitato ad estendere ad esse il principio del *non bis in idem* [5]).

La stessa difficoltà che l'art. 360 solleva l'art. 246 a proposito delle giurisdizioni di istruzione: sembra esso infatti non riconoscere autorità di cosa giudicata se non alle sentenze delle Camere di Accusa che decidono il non luogo a rinvio dinanzi la Corte d'Assise. Ma la giurisprudenza e

---

[3]) *Bulletin des Lois et des Arrèts de 1806*, n. 126.

[4]) Cfr. Cass. fr. 20 mars 1817, 1er mai 1818, 7 mai et 29 juillet 1819, 26 février 1825, citato da HÉLIE, *Traité*, vol. I, n. 1314, nota 2; Cass. 1.° aprile 1813 e 29 novembre 1838, *Bulletin* nn. 65 e 371 citato da LE-SELLYER, *Traité de l'exercice e de l'extinction des actuus publiques et privées*, vol. I, n. 670. Nella dottrina, oltre i menzionati scrittori, v. i numerosi autori *citati* da LE-SELLYER, *Op. cit.*, l. c. e inoltre: GARRAUD, *Precis du droit criminel*, Paris, 1892, 4.ª ed., n. 1357. LACOSTE, *De la chose jugée en matière civile criminelle disciplinaire et administrative. Extrait du Répertoire général alphabetique du droit français*, Paris, Larose, 1894, n. 876. NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, Cotillon, 1896, n. 911 e 912, pag. 624.

[5]) V. *Code de Justice Militaire pour l'Armée de terre*, art. 157, *Code de Justice Militaire pour l'Armée de mer*, art. 167.

la dottrina hanno supplito o creduto di supplire alle lacune della legge decidendo che l'art. 246 è applicabile ad ogni decisione istruttoria di non luogo o di rinvio [6]).

Infine occorre notare che non si ammettono più in Francia quelle decisioni miste che lasciavano sempre la porta aperta a nuove persecuzioni, essendo riconosciuto che ogni accusa portata dinanzi ad una giurisdizione di giudizio deve approdare ad una soluzione definitiva, sia essa condanna od assoluzione.

82. — Belgio. — Non differiscono dalle francesi le applicazioni che del principio dell'autorità della cosa giudicata fa la legislazione belga. Vigono infatti in Belgio salvo lievi modificazioni gli articoli 360 e 246 del *Code d'instruction criminelle*. Art. 246 « *Le prevenu a l'égard duquel la cour impériale aura décidé qu'il n'y a pas lieu au renvoi à l'une de ces cours ne pourra plus y être traduit à raison du même fait à moins qu'il ne survienne des nouvelles charges.*

Art. 360 « *Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être rèprise ni accusée à raison du même fait.* » Una legge interpretativa di quest'ultimo articolo del 21 aprile 1850 ha poi stabilito, per troncar campo alle controversie dottrinali e giurisprudenziali, che per « fatto » debba intendersi non il fatto puro e semplice, ma il fatto « *tel qu'il à été qualifie* » [7]).

Infine la legge del 17 aprile 1878 che costituisce il

[6]) Cfr. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, Bruxelles, Soc. Typ. Belge, 1839. Hélie. *Op. cit.*, vol, I, n. 1305 e seg. Villey, *Precis de droit criminel*, 3.ª ed., 1893, pag. 438 e 439; Garraud, *Precis de droit criminel*, n. 989; Laborde, *Cours de droit criminel*, 2.ª edit., Paris, Rousseau, 1898, n. 1241.

[7]) Cfr. Haus, *Principes géneraux du droit penal belge*, 1879, 3.ª ed., t. II, n. 1270 e seg.; Picard et d'Offschmidt, *Pandectes Belges* voix *Chose jugée*.

titolo preliminare del nuovo, ma non sanzionato, Codice di procedura penale belga e comprende le norme relative all' esercizio ed all' estinzione dell' azione penale ed alla competenza, ha due articoli, gli art. 12 e 13 i quali concernono l' autorità in Belgio delle decisioni rese da tribunali stranieri [8]). Ed hanno anche disposizioni in materia *la legge 12 marzo 1850* che rivede e modifica il libro 2 del Codice penale in ciò che concernono i crimini e i delitti che attentano alle relazioni internazionali (art. 12) e la *legge 4 ottobre 1867* che attribuisce ai tribunali l' apprezzamento delle circostanze attenuanti (art. 3 e 5).

83. — Lussemburgo. — Ciò che si è detto del Belgio si può dire del Lussemburgo. Anche qui è l' art. 360 del *Cod. d' instruction criminelle* che fa legge in materia di cosa giudicata disponendo che ogni individuo legalmente assolto non può essere ripreso ed accusato per lo stesso fatto. Non ostante che per la sua collocazione e per i termini coi quali si esprime l' art. 360 non si riferisca che alle sentenze rese nelle cause propriamente criminali, tuttavia la massima *ne bis in idem* si applica, nel Lussemburgo come in Francia, anche alle sentenze rese da tribunali correzionali e di polizia [9]).

84. — Principato di Monaco. — Nel Principato di Monaco troviamo disposizioni assai simili alle francesi. Il Codice di procedura penale del 1.° marzo 1874 ha sull' argomento della cosa giudicata i due seguenti articoli.

Art. 322. « Toute personne acquittée légalement ne pourrà plus être réprise ni accusée a raison du même fait ».

---

[8]) *Code de procédure pénale, Titre preliminaire promulgué le 17 avril 1878* appliqué et annoté par Leonce Limelette, Bruxelles, Bruyllant Cristophle, 1881, pag. 129-130.

[9]) *Code d' instruction criminelle du Grand Duché de Luxembourg*, art. 246, 250, 409.

Art. 375. « Le prévenu acquitté ne pourra plus être poursuivi pour le même fait ».

Il primo articolo, posto sotto il § III « *De l'arrêt* » del Cap. I « *Des affaires criminelles* » del tit. I, lib. II, dispone appunto in materia di crimini. Dispone invece in materia di delitti l'art. 375 che è posto sotto il Cap. II « *Des affaires correctionelles* » dello stesso titolo e libro. Quanto alle sentenze rese nelle cause contravvenzionali il principio *ne bis in idem* si intende ad esse ugualmente esteso.

85. — Olanda. — Abolito il vecchio codice di procedura penale del 1838, che pure aveva disposizioni nella cosa giudicata (art. 218, tit. 4), i testi di legge che reggono presentemente questa materia sono il Codice penale del 3 marzo 1881 e il Codice di proc. penale dello stesso anno.

L'art. 68 del Codice penale è per chiarezza ed esattezza uno dei più begli esempi di applicazione legislativa del principio *ne bis in idem.*

Eccetto i casi (dice questo articolo) nei quali sono ammessi giudizi per revisione, nessuno può essere perseguitato una seconda volta per un fatto sul quale a suo riguardo fu già pronunziata una sentenza irrevocabile da giudici olandesi o da giudici delle colonie e possedimenti del regno in altre parti del mondo.

Se il giudicato emana da altri giudici non ha luogo procedimento contro la stessa persona e pel fatto medesimo nel caso:

1.°) di assoluzione o dimissione del processo;

2.°) di condanna seguita da piena esecuzione grazia o prescrizione della pena.

Quest'articolo consacra nel modo più largo e come regola generale l'autorità della cosa giudicata [10]); regola

---

[10]) Vedi Brusa, *Progetto del Codice penale Olandese tradotto e illustrato*, pag. 32; Swinderen, *Esquisse du droit penal actuel dans les Pays Bas et à l'étranger*, Groningue, 1891, tome 1er, all'art. 68, pag. 320.

che non soffre eccezione se non nei casi di « *sospensione di esecuzione e annullamento di sentenze* » di cui agli art. 375 e seg. del Codice di procedura penale. In questo Codice sono poi da notarsi due articoli che pure concernono l'applicazione del principio: l'art. 217 il quale stabilisce che quando la sentenza abbia ottenuto forza di cosa giudicata il presidente deve emanare in ordinanze di esecuzione; e l'art. 335 il quale richiede il passaggio a giudicato della sentenza perchè si possa procedere alla sua esecuzione [11]).

86. — Spagna. — In Ispagna la « *Compilacion general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal* » del 16 ottobre 1879 contemplava agli art. 840 e 939, l'autorità della cosa giudicata. Nulla di esplicito contiene invece in proposito la nuova *Ley de Enjuiciamento criminal* del 14 settembre 1882 [12]). Ma nel Codice penale del 1870 è però rimasta una disposizione che per quanto non abbia direttamente a che fare con la autorità della cosa giudicata, tuttavia fa supporre il riconoscimento del principio *ne bis in idem.* Art. 132. La responsabilidad penal se extingue..... 2) *por el complimiento de la condena.*

E questa supposizione è confermata dalla stessa legge di procedura del 1882 la quale negli art. 954-961 stabilisce in quali casi si possa far luogo al *recurso de revision.* Quanto alle applicazioni la legge distingue (art. 142) le sentenze contro cui sono ammissibili vie di ricorso dalle *sentencias firmas* o sentenze passate in giudicato contro

[11]) Vedi Gustave Trypels, *Les Codes Neerlandais*, Maestricht, 1886, vol. I; *Code de procédure penale Neerlandais*, sugli art. 217 e 335.

[12]) *Lei de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882*, concordada y anotada exstensamente por la Redacion de la *Revista general de Legislacion y jurisprudencia* bay la direcion de Don Emilio Reus, Madrid, *Rev. de leg. y jurispr.*, 1883.

delle quali non è o non è più ammissibile alcun rimedio giuridico. Queste, siano di condanna come di assoluzione, hanno autorità di cosa giudicata come si desume anche dall'art. 144 che ordina che l'assoluzione sia libera e non sottoposta a nessuna condizione di sopravenienza di prove. Quanto alle decisioni o ordinanze *istruttorie* possono essere di rinvio (*auto de conclusion*) o di non luogo (*auto de sobresoimiento*); le prime non hanno, come è naturale, alcuna autorità; le seconde possono essere *libere* o *condizionali* (art. 637 e 641); nel primo caso hanno autorità piena di cosa giudicata, nel secondo, che corrisponde a un dipresso al caso delle nostre assoluzioni per insufficenza di indizi, hanno una autorità appunto condizionale cioè che cade al sopravvenire di nuove prove.

87. — Repubblica di S. Marino. — Nella Repubblica di S. Marino gli art. 99 e 119 del Codice penale del 1865 applicano in modo chiaro ed evidente, il principio dell'autorità della cosa giudicata.

Art. 99. I modi in virtù dei quali si estingue l'azione penale sono i seguenti:

.... *b*) la sentenza assolutoria passata in giudicato.

Art. 119. Chiunque è stato una volta assoluto con sentenza definitiva passata in cosa giudicata non può essere mai più molestato pel medesimo fatto, sotto qualsiasi pretesto, quando pure si alleghi la sopravvenienza di ineluttabili prove di reità.

Gli art. 99 e 119 non parlano che della autorità di cosa giudicata delle sentenze assolutorie: non è tuttavia dubbio che essa si estenda anche alle sentenze condannatorie.

88. — Svizzera. — Quasi tutte le legislazioni dei Cantoni svizzeri contengono applicazioni del principio del *non bis in idem*.

Nel Cantone di *Ginevra*, il Codice penale del 21 ottobre 1874 fra le cause di « estinzione delle pene » (Tit. VI,

sect. I) non annovera il giudicato [13]); ma il « *Code d'intruction criminelle du Canton de Geneve* », che è poi una copia di quello francese, disciplina la materia nei citati art. 360 e 246.

Nel Cantone di *Vaud* regola l'autorità della cosa giudicata l'art. 5 del Codice di procedura penale 1.° febbraio 1850.

Art. 5. « Tout individu légalement acquitté ne peut plus être poursuivi pour le même fait ».

« Cette disposition ne s'applique pas aux ordonnances et aux arrêts de non lieu ».

Nel Cantone di *Valais* il principio della cosa giudicata viene applicata negli articoli 301 e 193 del Codice di procedura penale del 24 novembre 1848.

Art. 301. « Le prévenu acquitté ou absous purement et simplement ne peut plus être traduit devant un tribunal criminel ou correctionnel pour le même fait ».

Art. 193. « L'individu a l'égard duquel il a été statué qu'il n'y a pas lieu à poursuite contre lui, ne peut plus être traduit devant un tribunal criminel ou correctionnel à raison du même fait, à moins qu'on ne découvre de noveaux moyens de conviction ».

Nel Cantone di *Berna* l'argomento è regolato nell'art. 5 del Codice di procedura penale : « Tout individu légalement condamné, absous ou acquitté ne peut plus être poursuivi à raison du même fait, sous réserve néanmoins des exceptions prévues par les lois (art. 502 e suiv.) ».

Nel Cantone di *Friburgo* dispongono gli art. 6 del Codice penale e 7 e 15 del Codice di procedura penale.

Art. 6 C. p. « Toute personne acquittée ou condamnée ne peut être poursuivie ni condamnée à raison du même

[13]) *Code pénal du Canton de Genève du 21 octobre 1874*, Genève, Jarrys, 1874.

fait, sans préjudice de la répression par voie administrative ou disciplinaire.

L'art. 15 C. p. p. ripete identicamente il citato art. 6 e all'alinea aggiunge: « Cette disposition ne s'applique pas aux ordonnances ou arrêts de non lieu ». Quanto all'art. 7 esso stabilisce quale sia l'autorità delle sentenze rese da tribunali stranieri [14]).

Nel Cantone di *Neufchâtel* già l'abolito Codice di procedura penale del 21 maggio 1875 aveva disposizioni sulla cosa giudicata (art. 5).

Queste disposizioni non si ritrovano nel recente Codice di procedura penale del 25 settembre 1893 che solo parla delle « *demandes en revision* » dopo una sentenza passata in giudicato (Chap. II, tit. VIII, art. 600-509) [15]). Dispone però il Codice penale del 12 febbraio 1891 all'art. 4 « Celui qui à été légalment acquitté ou condamné ne peut être poursuivi ni condamné une seconde fois pour le même fait. Les mesures de discipline administrative sont réservées ».

Toutefois une condamnation à l'étranger ne fait obstacle à une nouvelle poursuite que si la peine à été subie, et un acquittement prononcé à l'étranger, n'a force de chose jugée que s'il s'applique à des faits commis sur le territoire étranger.

Nel Cantone di *Argovia* la *Strafprozessordnung* del 3 März 1858 dispone al § 366:

« Contro una persona la quale sia stata assoluta mediante sentenza tranne che ad ottenere l'assoluzione sia stato impiegato qualche mezzo delittuoso non può più aver

---

14) *Code de procédure pénal du Canton de Fribourg*, Fribourg, Fraguière, 1873.

15) *République et Canton de Neuchâtel, Code de procédure pénale du 25 septembre 1893*, La Chaux de fonds, 1893.

luogo nessuna persecuzione penale per causa dello stesso fatto [16]).

Nel Cantone di *Solothurn* la *Strafprozessordnung* del 21 Juli 1874 non contiene altro sul nostro soggetto che una disposizione relativa al passaggio in giudicato delle sentenze.

§ 430. « Una sentenza penale passa in cosa giudicata (*Rechtskraft*) ed è eseguibile quando i mezzi legali di di ricorso dell'appello e della Cassazione non sono più contro di essa ammissibili [17]).

Anche nel Cantone di *Saint-Gallen* l'ordinanza del 28 novembre 1878 ha nel tit. V disposizioni che concernono l'autorità della cosa giudicata, in sostanza, non dissimili da quelle corrispondenti del Codice di istruzione criminale francese.

Nessuna esplicita applicazione si contiene invece nella legislazione del *Canton Ticino*. Il recente Codice di procedura penale del 1895, come dicemmo, con gli art. 249 e s. presuppone però implicitamente il principio; e dal contesto della legge si desume che l'autorità della cosa giudicata concerne tutti i giudicati definitivi così di condanna come di assoluzione (argomenta art. 245 e 256) e anche le decisioni istruttorie sul rinvio o meno a giudizio pronunziato dalla Camera dei ricorsi su gravame interposto

---

[16]) *Strafprozessordnung für den Kanton Aargau*, § 366: « Gegen eine Person die durch Urtheil freigesprochen werden ist, kann, sofern zur Erwirkung der Freisprechung keine verbrecherischen Mittel angewandet wurden, wegen der nämlichen Thatsache keine strafrechtliche Verfolgung mehr stattfinden ».

[17]) *Strafprozessordnung für den Kanton Solothurn*, § 430: « Ein Strafurtheil tritt in Rechtskraft und ist zu vollziehen, sobald die Rechtsmittel der Appellation oder der Kassation gegen dasselbe nicht mehr zulässig sind ».

contro le conclusioni del pubblico accusatore, dopo chiusa l'istruzione (arg. art. 273 e 256).

Neppure gli altri codici di procedura dei Cantoni svizzeri hanno disposizioni sul nostro argomento.

89. — GRECIA. — In Grecia il vecchio Codice di procedura penale del 1834 contiene tuttavia disposizioni sull'autorità della cosa giudicata.

Art. 84. « In giudizio deve soltanto condannarsi o assolversi, ma non può essere soltanto dichiarato che nessuna più ampia persecuzione deve aver luogo.

Ciascuno in giudizio è giudicato con sentenza di condanna o di assoluzione; ma se questa sia passata in forza di cosa giudicata e divenuta irrevocabile (ἀμετάκλητος) non può più ulteriormente ritornarsi sul fatto giudicato (τὴν δεδικασμένην πρᾶξιν) con eccezione però di quanto è disposto riguardo alla riapertura dell'inquisizione nell'articolo 502 » [18]).

L'art. 349 estende poi alle sentenze dei tribunali correzionali la disposizione dell'art. 84 sulla autorità della cosa giudicata.

90. — SVEZIA. — Nella Svezia l'ordinanza reale sulla promulgazione della Nuova legge penale del 16 febbraio 1864 ha sull'autorità della cosa giudicata la seguente disposizione:

§ 19.... art. 20 « Lorsque un individu arrêté aura été acquitté le tribunal devra ordonner sa mise en liberté, pourvu qu'il ne doive pas être retenu pour une infraction

[18]) Ποίνικη Δικονομία 1834, Art. 84: « Ἐν τῇ δημοσίᾳ συνεδριάσει ἀπαγγέλλεται μόνον ἡ καταδίκη ἢ ἡ ἀθώωσις, δὲν δύναται ὅμως νὰ ῥηθῇ ὅτι δὲν εἰμπορεῖ πλέον νὰ γενῇ περαιτέρω καταδίωξις. Όταν ἡ ἐντῷ ἀκροατεριῳ ἀπαγγέλθεισα κατα δι καξική ἡ ἀθωωτική αποφάσις κατασταθῇ ἀμετάκλητος δὲν συγχωρεῖται πλέον ἡ εις τὴν δεδικασμένην πρᾶξιν ἐπάνοδος, εξαιρου μένων τῶν εις τὸ ἄρθρον 502 περὶ ἐπαναλήψεως τῆς ἀνακρίσεως ὁρισθέντων ».

autre que celle dont il à été acquitté. Si, au tribunal de première instance, l'instruction à présenté des charges très graves contre lui, le tribunal devra ordonner qu'il garde prison jusque à ce que le jugement du tribunal ait acquis l'autorité de la chose jugée ou que le tribunal de deuxieme instance en ait ordonné autrement ».

Ma se non può essere messo in dubbio il riconoscimento della autorità della cosa giudicata nella legislazione svedese, occorre tuttavia osservare che tale riconoscimento è più formale che sostanziale. E infatti la Svezia è l'unica legislazione Europea che abbia conservato l'uso della « *absolutio ab instantia* » quale era intesa dai pratici del medio Evo.

Il decrepito suo Codice di procedura penale del 1734 per quanto modificato da diverse leggi posteriori contiene ancora nel suo cap. XVII, § 32 disposizioni circa il rilascio momentaneo per difetto di prove. Avvenuto un tale rilascio l'imputato, in ispreto all'autorità della cosa giudicata, può essere ricondotto indefinitamente in giudizio per lo stesso fatto, fino a tanto che non abbia ottenuto una decisione definitiva [19]).

91. — Germania. — In Germania la *Strafprocessordnung* pur non affermando, come dicemmo, esplicitamente il principio, ne contiene parecchie applicazioni. Quanto alle decisioni che deliberano sull'apertura del procedimento principale (*Entscheidungen über die Eröffnung des Hauptverfahrens*) cioè sul rinvio o meno a giudizio dell'imputato esse sono prive di qualunque autorità di cosa giudicata; anche se stabilendo di non far luogo al processo principale (*das Hauptverfahren nicht zu eröf-*

---

[19]) Vedi su ciò Grenander, *Ètude sur l'application du principe inquisitoire dans la Procédure pénale Suédoise*, *Journal du Droit Criminel*, 1884, § 1192.

fnen: § 202, St PO), prosciolgono l'imputato dal giudizio, e qualunque sia il motivo di questo proscioglimento [20]). Dispone infatti il § 210 che « se l'apertura del procedimento è stata rifiutata con ordinanza (*Beschluss*) che non può più essere impugnata, l'azione può essere istituita soltanto in seguito a nuovi fatti o a nuovi mezzi di prova ». Quanto alle sentenze che chiudono il procedimento principale cioè il pubblico dibattimento, esse possono essere di tre specie; cioè *condannatorie* (*Condemnatorische Urtheile*), *assolutorie* (*Absolutorische Urtheile*) e *sospensive del procedimento* (*Einstellende Urtheile*) (§ 259, St PO). Le prime due specie di sentenze dovendo esaurire l'azione secondo tutti i punti di vista di diritto e di fatto (§ 263) sono definitive assolutamente, ed hanno piena autorità di cosa giudicata, e, salve le eccezioni stabilite dalla legge come casi di « riassunzione del processo », impediscono una nuova accusa per lo stesso fatto sia pure sotto diverse qualificazioni giuridiche [21]). Le seconde

[20]) Cfr. Löwe, *Die Strafprozessordnung* etc. n. 2 zu § 202: sulle ordinanze sospensive in genere e i loro effetti quanto alla consumazione dell'azione v. a lungo il Berner, *Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess* § 16-23, pag. 28-44.

[21]) Cfr. Glaser, *Der Verbrauch des Strafklage nach deutschen Strafprozessrecht* nella *Zeitschrift für das Privat und offentliche Recht der Gegenwart* (*Grunhut's Zeitschrift*) vol. XII (1885), pag. 303 e voce *Rechtskraft im Strafprozess* nel Dizionario di Holtzendorff, III Ed.; Schwarze, nel Manuale di Holtzendorff, vol. II, pag. 325; Ortloff, *Non bis in idem*, nell' *Archiv für preussichen Strafrecht* (*Goltdammer's Archiv*) XXVI (1878), pag. 186; Schanze nella *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, herausgegeben von v. Listz und v. Lilienthal, IV, 452; Eichorn, *Non bis in idem und das Reichsgericht*, *Gerichtssaal*, XXXVIII (1886), pag. 401; Berner, *Der Grundsatz des ne bis in idem*, § 8, pag. 13 e seg.; Reiffel, *Ne bis in idem* in *Goltdammer's Archiv*, XLII (1894), pag. 89; Zitzlaff, *Die Strafprozessualische Rechtsregel ne bis in idem im Lichte der Judikatur des Reichs gerichts* in *Goltdammer's Archiv*, XLII, (1894), pag. 208.

essendo rese quando, per un reato perseguibile solo a querela di parte, risulti che la querela richiesta non è stata presentata o è stata ritirata in tempo utile, non impediscono che si riprenda il procedimento col sopravvenire della querela medesima [22]).

Rimedi per impugnare le ordinanze e le sentenze dei giudici sono l'opposizione, l'appello e la revisione: col produrre l'appello in tempo utile si impedisce che la sentenza passi in giudicato nei capi pei quali venne impugnata (§§ 357 e 383): così pure il precetto penale del giudice di giudicato (*amtsrichterliche strafbefehl*) contro del quale non sia prodotta opposizione in tempo utile ottiene efficacia di sentenza passata in giudicato (§ 450) [23]). L'autorità di cosa giudicata della sentenza è chiamata *forza legale* (*Rechtskraft des Strafurtheils*); e la sentenza acquista forza esecutiva solo quando abbia conseguito forza di cosa giudicata (§ 481).

92. — Austria. — In Austria il regolamento di procedura penale non solo, non afferma, come dicemmo, il principio, ma non ne contiene neppure applicazioni legislative. Ma come il principio viene tacitamente presupposto, così pure le applicazioni, nel silenzio della legge sono fatte nel modo migliore dalla dottrina e dalla giurisprudenza [24]). L'istruzione preparatoria può chiudersi o con la desistenza del pubblico accusatore o con una decisione del giudice di istruzione: quanto alla prima essa equivale ad una dichiarazione di non luogo e produce gli effetti di questa; quanto alla seconda essa può essere di rinvio a giudizio o di proscioglimento dalla accusa e in ambedue i casi ha autorità di cosa giudicata salva la sopravvenienza di nuovi mezzi

---

[22]) Cfr. Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, II, pag. 67; Berner, *Der Grundsatz des ne bis in idem*, § 15, pag. 25 e la giurisprudenza *ivi* citata.

di prove che giustifichino la riassunzione del processo (§ 352): « Se il processo penale contro una determinata persona fu ultimato per conchiuso di desistenza, reiezione dall' accusa o recesso dalla medesima prima del dibattimento non potrà farsi luogo alla proposta di riassunzione fatta dal procuratore di Stato o dal querelante privato se non quando la punibilità dell' azione non è estinta in forza di prescrizione, e se non vengono presentati nuovi mezzi di prova, i quali appaiano atti a servir di base per convincere l' imputato ». Stabilisce poi il § 215 che le decisioni della Corte di Giustizia di seconda istanza con le quali si respinge o si fa luogo alla accusa debbono essere motivate in modo che « per le medesime non sia pregiudicata la decisione in merito del giudice sentenziante ».

Le sentenze definitive sono poi di condanna o di assoluzione e impediscono assolutamente che si possa nuovamente esercitare l' azione pel medesimo fatto.

93. — Gran Bretagna. — I. *Inghilterra.* Rigorosamente applicata nella pratica inglese troviamo l' autorità della cosa giudicata; e questa applicazione risulta non da un testo speciale ma dal diritto comune (*common law*). Anche in Inghilterra questa autorità si fa valere mediante una « eccezione in fatto », *perentoria*, la quale secondo che la sentenza è di assoluzione o di condanna, prende il nome di eccezione di « già assolto » o di « già convinto » (*plea of autrefoits acquit or convict*) [25]).

---

[23]) Cfr. Pfizer in *Gerichtssaal* Bd XL, pag. 344; Glaser, *Handbuch*, § 65; Berner, *Der Grundsatz* ecc., § 23, pag. 46.

[24]) Su di esse v. Bertheau. *De la procédure criminelle en Autriche Hongrie* in *France Judiciaire*, XX (1896), n. 6 specialmente a pagine 173, 179, 180.

[25]) V. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l' Angleterre*, 8e partie, *Le droit actuel*, Paris. 1881-82, t. VI, pag. 665; Harris, *Principi di diritto e procedura pe-*

a) *Già assolto:* Quando una persona sia stata accusata di un reato e regolarmente assolta non può in seguito patire nuova accusa per lo stesso titolo [26]) « È contro lo spirito della legge Inglese — dice lo Harris [27]) — che una persona possa venir sottoposta ai pericoli di un giudizio più che una sol volta per uno stesso reato ». La seconda accusa della stessa persona per lo stesso reato si può perciò respingere con l'eccezione di già assolto; ma è necessario, a tale scopo, che la prima accusa sia stata tale da poter dar luogo ad una condanna *legale:* l'assoluzione perciò deve essersi ottenuta per mezzo delle vie legali e deve esser stata resa da una corte competente [28]). Anzi l'accusato deve provare davanti alla Corte che la precedente accusa, per la quale ottenne assoluzione era regolare e capace di condurre ad una condanna e, inoltre, che nell'accusa stessa si comprendeva lo stesso reato posteriormente imputato [29]); il quale ultimo concetto trova una spiegazione nel fatto che il giurì ha il diritto di modificare la qualificazione legale indicata nell'atto d'accusa di modo che una assoluzione purga assolutamente ogni accusa per riguardo ad un fatto incriminato [30]). Per sta-

---

nale inglese tradotto e annotato da ED. BERTOLA con prefazione di L. LUCCHINI, Verona, Tedeschi, 1898, pag. 266; GLASER, *Die Durchführung der Regel « Non bis in idem » im englischen und französischen Strafprozess im Gerichtssaal,* XXIII (1871), pag. 1-72 ed anche nei *Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozess.* 2.ª Aufl. Wien, 1883, pag. 890 e seg.

[26]) V. R. c. MILES L. R. 24 Q B D, pag. 431, citato da HARRIS, *Principî di diritto e procedura penale,* pag. 266.

[27]) HARRIS, *Op. cit.,* l. c.

[28]) GLASSON, *Histoire du droit,* VI, pag. 665.

[29]) PARKE B in *R. c. Bird* 2 Den 94, 98.

[30]) GLASER, *Die Durchfürung der Regel « Non bis in idem » im englischen und französischen Strafprozess,* l. c. Sul verdetto del giury, in genere, v. BERTHEAU, *De la procédure criminelle en Angleterre, France Judiciaire,* vol. XV, pag. 65-93.

bilire poi l'assoluzione, l'accusato deve produrre un certificato rilasciato dal competente ufficiale dei « ricordi » (*records*) presso la Corte dove ebbe luogo il giudizio [31]).

Occorre tuttavia notare che l'eccezione di già assolto non si estende ai verdetti di non luogo dei grandi giurì o giurì di accusa i quali non hanno forza obbligatoria e non impediscono che l'accusato sia tradotto indefinitamente dinanzi ad altri grandi giurì anche senza la scoperta di nuove prove a suo carico [32]).

b) *Già convinto:* Contro una nuova accusa per uno stesso reato può essere eccepito un precedente verdetto di colpabilità. È l'eccezione di « *già convinto* » che ha per effetto di sbarrare il passo ad una nuova accusa sia nella ipotesi che la sentenza sia intervenuta, sia in quella che in seguito al verdetto dei giurati non sia stata pronunciata condanna. [33]). È necessario però che risulti la validità dell'atto d'accusa: perchè altrimenti vi è l'impossibilità legale di arrivare ad una sentenza. Per il resto valgono le regole che concernono l'eccezione di già assolto.

Secondo la *common law* d'Inghilterra la massima *non bis in idem* non era effettivamente stabilita che per i crimini (*felonies*) che importavano pena capitale: non pei delitti (*misdemeanours*) puniti con altra pena. La regola era che: « *No man is to be brought into jeopardy of his life more thau once for the same offence* (Nessuno — cioè — può correre due volte il rischio di perder la vita per la medesima offesa); la pratica inglese ha poi generalizzato tale regola.

---

[31]) 14 e 15 *Vitt* e 99 s. 13 *cit.* da HARRIS, *Op. cit.*, pag. 266.

[32]) GLASSON, *Op. cit.*, tomo VI, pag. 797. Occorre poi notare che il *perdono* ottenuto è un mezzo di eccezione contro l'accusa nelle cause criminali o per via di *indictment*. Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England*, London, 1839-40, libro IV, cap. 26.

[33]) Cfr. HARRIS, *Op. cit.*, pag. 267; GLASSON, *Op. cit.*, l. c.

Ma errano l'Ortolan[34]) e il Bonnier[35]) credendo che ciò sia indizio di un minor grado di fiducia che inspira l'accusa privata. Dove la procedura è *accusatoria*, come in Inghilterra, il rispetto e l'osservanza del giudicato è invece assai maggiore e più rigorosamente inteso che non nei paesi come la Francia e l'Italia, in cui il procedimento penale si ispira ai principii del sistema *misto*[36]).

94. — II. *Scozia*. In Iscozia, ugualmente che in Inghilterra, la *common law* riconosce l'autorità della cosa giudicata nelle materie criminali[37]). Anche qui la facoltà che il giurì ha di esaminare il fatto sotto ogni punto di vista materiale e giuridico fornisce alla cosa giudicata una autorità assoluta ed esclusiva di ogni possibile incriminazione per uno identico stato di cose.

In Iscozia il giurì di giudizio può rendere tre specie di verdetto: 1.°) il verdetto « *guilty* » affermante la colpevolezza dell'imputato; 2.°) il verdetto « *not guilty* » escludente la colpabilità dell'accusato; 3.°) il verdetto « *not proved* » affermante che allo stato degli atti non vi sono prove sufficienti di colpabilità[38]).

Quanto al 1.°) ed al 2.°) esse hanno un valore assoluto: il primo di condanna, e il secondo di proscioglimento, perchè l'esclusione della reità implica l'affermazione positiva della innocenza. Quanto al terzo gli autori hanno

---

34) Ortolan, *Eléments du droit penal*, 1885, V Ed., tome II, n. 810.

35) Bonnier et Larnaude, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 1887, V Ed., pag. 733 testo e nota 3.

36) Cfr. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, 2.a Ed., Firenze, 1899, n. 31, pag. 34 e n. 32, pag. 37.

37) Cfr. Laurens, *Autorité de la chose jugée*, pag. 180.

38) V. su ciò Glaser, *Das englisch-schottische Strafverfahren*, 1850, *passim*.

dubitato; ed hanno voluto vedervi quasi il detrito attivo, in Iscozia, di quelle *absolutiones ab instantia* o *pro nunc* che abbiamo visto in onore nella pratica criminale del Medio Evo. Per essi, dopo un tale verdetto, sarebbe possibile di ricominciare una *persecutio criminis* contro lo stesso accusato nella sopravvenienza o scoperta di nuove prove [39]). Ma questa opinione è decisamente contraria alla pratica scozzese la quale riconosce al verdetto *not proved* un valore ed una portata altrettanto assoluta che al verdetto *not guilty*, nel senso di impedire una nuova accusa per lo stesso titolo [40]). La sola differenza sta in ciò che il verdetto *not proved* ha l'inconveniente di lasciare come impresso sull'accusato un marchio morale di infamia che non gli è possibile scancellare.

95. — America del Nord. — Come la *common law* inglese della quale in sostanza è una derivazione, il diritto nord americano ammette la autorità della *res judicata* (*things decided*) anche nelle materie criminali [41]). Secondo l'antico diritto comune inglese la regola *non bis in idem* non era, come abbiamo detto, stabilita che per le accuse per reati importanti la pena capitale. Ma già gli Stati Uniti erano andati più in là consacrando come principio costituzionale che non si potesse essere esposti, a causa di una seconda accusa per lo stesso reato, a subire una nuova pena corporale. « *No personn schall be subject, for the same offence, to be twice put in jeopardy of life or limb* » [42]).

---

39) Cfr. in proposito Bonnier, *Traité des preuves*, n. 891.

40) Cfr. Laurens, *Op. cit.*, p. 182.

41) Cfr. Bouvier, *Law Dictionary* voce *Res judicata*. Mittermayer, *Das englische schottische und nord-amerikanische Strafverfahren*, Erlangen, 1857. Bonnier, *Traité des preuves*, pag. 733 e 734.

42) « *Nessuno può per la stessa violazione esser messo due volte in pericolo di perdere la vita o un membro* ». ». *Costituzione Amend*, art. 5. V. pure Bouvier, *Law dictionary*, v. Jeopardy.

Questa disposizione, notevole per la sua chiarezza e semplicità, si trova riprodotta testualmente in un gran numero di Costituzioni dei diversi Stati dell'Unione; parlo, per esempio, della Costituzione della *Luigiana* [43]) e della *California* [44]). Del resto nella pratica americana, così come nella pratica inglese, la regola è stata generalizzata ed è vietato in genere, con l'eccezione: *plea of former acquitat or conviction*, di risollevare ciò che ha formato obbietto di una anteriore sentenza definitiva di proscioglimento o condanna [45]).

Ad un dipresso le medesime norme si trovano stabilite nel *Codice di procedura penale di New York* del 1.° giugno 1881, che è una delle più notevoli codificazioni della America del Nord. Nella sezione IX di questo codice trovasi infatti stabilito il principio generale che nessuno può essere oggetto di un secondo processo per un reato per il quale fu già una volta processato e giudicato definitivamente sia con condanna che con assoluzione e questo divieto si fa valere mediante una eccezione (*plea*) contro l'atto di accusa (§ 332) che tronca il corso del secondo procedimento. Numerose sono poi le applicazioni del principio che nel codice si contengono. Non è riconosciuta virtù estintiva dell'azione pubblica (*indictment*); alle dichiarazioni di non luogo del grande giury o giury d'accusa dopo le quali, previa decisione della Corte è sempre pos-

[43]) Costituzione del 1879, art. 5. « *Nessuno può per la medesima infrazione esser messo due volte in pericolo di perdere la vita o la libertà.* Ma vi si aggiunge la restrizione: « *a meno che non sia sopra sua domanda o non vi sia errore o richiesta per annullamento del giudizio* ».

[44]) Costituzione del 7 maggio 1879, sez. 13. « *Nessuno può esser messo due volte in pericolo per la medesima violazione* ».

[45]) Cfr. Greenleaf, *The treatise on the law of evidence*, 1870, tomo III, § 35. Bishop, *Criminal law*, Boston, 1881, vol. I, § 995.

sibile un nuovo esame da parte del medesimo giury (§ 270), alle decisioni che statuiscono sulla nullità dell'atto di accusa (§ 320); alle decisioni disciplinari (*impeachment*). È invece riconosciuta alle decisioni di autorità estere o alle decisioni rese in altra contea dello Stato (§ 134, 140); alla decisione definitiva sia di condanna, sia di proscioglimento, sia di sospensione del giudizio (*arrest of judgment* (§ 470).

Nel Messico il Codice di procedura penale del 15 settembre 1880 nel libro III, tit. II conteneva disposizioni concernenti il principio dell'autorità della cosa giudicata e le sue applicazioni.

Il nuovo Codice di procedura del 6 luglio 1894 consacra anche esso la regola e ne stabilisce numerose applicazioni specialmente nel libro III che tratta del giudizio.

96. — America del Sud. — Anche nell'America del Sud alcune legislazioni, e così quelle del Chili e dell'Uruguay, hanno disposizioni che concernono l'applicazione del principio *ne bis in idem*. Il Codice penale della Repubblica del Chili, all'art. 93, stabilisce: « La responsabilidad penal se estingue.... 2) por el cumplimiento de la condena » [46]); disposizione che veramente riguarda più l'estinzione dell'*actio judicati*, che non l'esaurimento dell'azione penale nel giudicato medesimo. Incidentale è pure la disposizione dell'art. 85 del Codice penale della Repubblica dell'Uruguay [47]) che concerne il passaggio in giudicato della sentenza: « No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia que haya pasado en autoridad de cosa juzgada ». Tuttavia, è agevolmente desumibile il riconosci-

46) Robustiano Vera, *Codigo penal de la republica de Chile comentado*, Santiago de Chile, 1883, pag. 267, *nota*.

47) *Codigo penal de la republica oriental del Uruguay*, Montevideo, 1889.

mento e l'applicazione da parte di questa legislazione del principio della cosa giudicata.

Il *Codice di istruzione criminale* del 1.° maggio 1879 per l'URUGUAY non contiene infatti nessuna disposizione che autorizzi la riassunzione del procedimento dopo una sentenza, all'infuori del rimedio ordinario dell'appello (art. 198-202); onde l'autorità di cosa giudicata deve ritenersi estesa così ai giudicati che chiudono il giudizio che a quelli che chiudono l'istruzione.

97. — GIAPPONE. — Nel Giappone le recente promulgazione del nuovo codice di procedura penale del luglio 1894 (7.° mese del 13.^{mo} anno di Meiji) ha tolto ogni importanza di diritto attuale al precedente « Progetto di Codice di procedura criminale per l'Impero del Giappone del settembre 1879 [48]). Tuttavia non possiamo esimerci dal riportare la disposizione dell'art. 8 di quel Progetto pregevole per la sua brevità ed esattezza ». L'azione penale (dice quest'articolo) si estingue.... 3) per mezzo di una decisione giudiziaria divenuta irrevocabile. È notevole che in queste disposizioni non si parla soltanto, come nelle altre, di decisione assolutoria bensì di decisione in genere, sia essa condanna o proscioglimento.

98. — LEGISLAZIONE MUSULMANA. — L'autorità della cosa giudicata penale è pure riconosciuta nei paesi sottoposti alla legislazione musulmana [49]).

Si ritrova spesso infatti nei trattati di diritto musul-

---

48) *Projet du Code de Procédure Criminelle pour l'Empire du Japon*, Tokio, 1879.

49) ABOU-CHODJA, *Précis de Jurisprudence Musulmane*, trad. KEISER; QUERRY, *Recueil des Lois concernant les Musulmans Schyites*, tomo II, lib. VIII; OMAR BEY LOUTFY, *De l'action pénale en droit Musulman*, Rite Hanefite, Paris, Marchal et Billard, parte II, 1899, pag. 50-55. Pei dettagli vedi anche la parte I, 1897, pag. 26-27, 31-33, 39.

mano la formula seguente: *Al Hockme madi* o *maden* la quale vuol dire che la sentenza recide come la spada e deve essere necessariamente eseguita. È nient'altro che la forza di irrevocabilità della sentenza, l'autorità della cosa giudicata: idea e nome che non è neppure estraneo al diritto musulmano.

Per quel che riguarda la questione di fatto la sentenza nel diritto musulmano produce l'autorità di cosa giudicata non appena resa; il giudice vi è infatti unico; le giurisdizioni sono tutte uguali perchè di esse non vi sono gradi e l'appello vi è una istituzione sconosciuta. Per quel che riguarda la questione di diritto, la sentenza diviene ugualmente irrevocabile quando vi è stato un ricorso in Cassazione e questo ricorso è stato rigettato; la sentenza infatti può essere cassata o annullata per violazione della legge sia dal giudice che l'ha resa, sia da un altro giudice di grado uguale.

Il principio dell'autorità della cosa giudicata è anzi talmente solido in diritto musulmano che anche nei casi in cui si provi la inesattezza dei fatti sui quali s'è appoggiato il giudice, non per questo viene meno la fermezza e l'integrità del giudicato; solo il condannato ha mezzo di ricorrere sia contro i testimoni, sia contro il tesoro pubblico, sia contro lo stesso giudice, secondo i casi. Quanto alla determinazione delle condizioni date le quali si dà l'autorità della cosa giudicata, essa è affidata all'opera dei dottori musulmani i quali però, pur risolvendo esattamente le fattispecie pratiche, non hanno saputo formulare una teoria.

99. — Legislazione degli Hovas. — Anche nell'isola di Madagascar la legislazione degli Hovas consacra in modo energico il principio dell'autorità della cosa giudicata concedendo ai giudicati civili e penali la *forza immutabile della roccia* [50]).

[50]) V. *Bulletin de la Societé de Legislation Comparée*, tome XII, pag. 132.

Capitolo III. — **Le eccezioni al principio.**

100. L'errore del giudicato e le eccezioni al principio del "*ne bis in idem*" nelle legislazioni moderne. — **101.** Legislazioni che non conoscono giudizio di revisione. La grazia come sostitutivo della revisione in talune legislazioni. Critica di questo sistema. Sistemi di revisione che costituiscono la negazione del principio. Tipi antichi di revisione — **102.** Legislazioni che conoscono nel suo moderno concetto l'istituto della revisione. Duplice indagine che ci interessa. — **103.** *A*) Revisione in favore e in danno dell'imputato: a) I *sistema*. Legislazioni che ammettono la revisione soltanto *in favore* del condannato — b) II *sistema*. Legislazioni che ammettono la revisione in favore del condannato e in danno del prosciolto e del condannato. — **104.** *B*) Determinazione o meno dei casi di revisione: a) I *sistema*. Legislazioni che determinano categoricamente le ipotesi di revisione. — b) II *sistema*. Legislazioni che prescindono da ogni tassativa determinazione Sottogruppi.

100. — Se, nelle legislazioni vigenti, il principio dell'autorità della cosa giudicata è universalmente consacrato, è pure in genere consentito che si possa ad esso eccezionalmente derogare nei casi in cui venga a mancare il fondamento su cui riposa.

Giova dunque, è anzi indispensabile, al nostro studio l'indagare fino a che punto si estenda l'autorità effettiva della cosa giudicata secondo le varie legislazioni: le eccezioni che vi si apportano sono appunto la misura di questa autorità. Tutte le legislazioni hanno ritenuto la cosa giudicata essere null'altro che un'opera umana e per ciò fallibile ed altro non rappresentare se non la certezza legale la quale non esclude l'errore e deve cedere dinanzi alla certezza dei fatti. Quelle anche che considerano l'autorità della *res judicata* come fondata su di una presunzione assoluta di verità hanno dovuto confessare la necessità che questa ceda dinanzi all'evidenza ed alla verità reale che è maggiore di ogni presunzione, e rinnegare così il carattere assoluto della presunzione medesima con l'ammettervi delle prove in contrario. Si è dunque stabilito che si possa

eccezionalmente, nella sopravvenienza di nuovi elementi di fatto, risuscitare l'*azione* esaurita nel giudicato ed esumare in un *nuovo giudizio* (che si dice talora di *revisione* e talora prende il nome di *riassunzione del processo*) la questione già decisa, per sottoporla ad una nuova e migliore risoluzione giudiziale *revocando*, ove sia il caso, il precedente giudicato.

101. — Tuttavia prima di parlare del *giudizio di revisione* che costituisce la vera e propria eccezione all'autorità della cosa giudicata, occorre far brevemente menzione di quelle poche legislazioni le quali pur essendosi preoccupate della necessità di togliere efficacia esecutiva ai giudicati ingiusti ed erronei, non credettero di dovervi provvedere mediante l'istituzione di un nuovo *giudizio* destinato a riesaminare la questione già decisa e ad annullare in via giudiziaria il giudicato iniquo ed erroneo. La revisione dei giudicati come istituto giudiziario è, così, ignota al *Montenegro*, in cui secondo il diritto consuetudinario si provvede a riparare l'errore dei giudicati mediante la *grazia* del principe [1]); alla *Danimarca* dove si supplisce egualmente con la grazia sovrana [2]); all'*Inghilterra* dove ogni correzione dei giudicati avviene mediante un atto di grazia [3]); e alla *Scozia* dove non esistono vie

[1]) Cfr. Alimena, *La revisione dei giudicati penali*, Relazione alla Sezione di Diritto penale del IV Congresso Giuridico Nazionale, Napoli 1897, pag. 84.

[2]) Alimena, *Op. cit.*, l. c.

[3]) Cfr. Stephen, *A digest of the law of criminal procedure*, London 1883, pag. 175 e 195; Harris, *Principles of the criminal law*, London 1886, pag. 503 e seg.; Blakstone, *Commentaries of the law of england*, London 1809, IV, cap. 30 e 31; Glasson, *Histoire du droit et des institutions en Angleterre*, Paris 1882, VI, pag. 796; Todd, *Il governo parlamentare in Inghilterra*, Torino 1886, pag. 311 e seg.; Mittermayer, *Das englische schottische und amerikanische Strafverfahren*, Erlangen 1851, § 29.

di ricorso ed è solamente permesso al giudice, quando il verdetto gli sembri contrario a giustizia, di aggiornare l'esecuzione della sentenza a fine di formulare un ricorso in grazia [4]); e infine agli *Stati Uniti d'America* [5]), all'*America Inglese* [6]) ed all'*India* [7]).

Una forma mista fra la *revisione* e la *grazia* è poi quella che si trova adottata nei codici di procedura penale della *Serbia* (§ 340) e della *Finlandia* (Cap. XXXI, § 3); giacchè per l'uno affinchè si possa procedere alla revisione è necessario il permesso del Reggente e per l'altra vi si può procedere, oltre che per legge nei casi specificamente determinati, anche per intervento grazioso del sovrano [8]). Questo sistema, che non conosce *giudizi di revisione* nel senso con cui noi l'intendiamo, è sotto ogni aspetto riprovevole perchè la grazia come quella, che non rinnova il giudizio e non annulla e revoca il giudicato ma condona o commuta la pena inflitta nella sentenza di condanna pas-

---

[4]) LAURENS, *Autorité de la chose jugée*, pag. 183.

[5]) BISHOP, *Criminal procedure*, Boston 1881, I, cap. XL e XLI e CLARKE, *Handbook of criminal procedure*, S. Paul 1895, cap. XIII, citato da ALIMENA, *Op. cit.*, pag. 86.

[6]) CLARKE, *A treatise on the criminal law of Canada*, Toronto 1882, pag. 511 e seg., citato da ALIMENA, *Op. cit.*, l. c.

[7]) STARLING, *Indian Criminal law and procedure*, London 1877, II, parte VI, citato da ALIMENA, *Op. cit.*, l. c.

[8]) Cfr. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, III, n. 5399 e seg.; LAURENS, *Autorité de la chose jugée*, pag. 197; LACOSTE, *Chose jugée*, n. 1641; LABORDE, *Cours de droit criminel*, n. 1219 e 1220; CARRARA, *Della rejudicata in criminale*, *Giornale delle Leggi*, 1878, n. 8 e 9 e *Opuscoli*, VII; AMBROSOLI, *Della revisione dei processi penali* nel *Monitore dei Tribunali*, VI, CASORATI, *Il processo penale e le riforme*, Milano 1881, pag. 432; SALUTO, *Commenti al Codice di procedura penale*, VII, pag. 221 e seg.; GRIPPO, *Della revisione dei giudicati penali* nel *Filangeri*, III, (1878), pag. 25 e seg.; TUOZZI, *La dottrina della revisione dei giudicati penali*, Napoli 1883.

sata in giudicato, non può servire agli scopi autonomi e per se stanti cui la revisione è diretta.

Il sistema in parola confonde il colpevole giustamente condannato, cui si rivolge la grazia, con l' innocente ingiustamente colpito da un giudicato di condanna, cui esclusivamente si rivolge l' istituto della revisione in favore del condannato. Così intesa, d' altronde, la riparazione degli errori giudiziarii, non costituisce una eccezione alla autorità della cosa giudicata, perchè non provoca nè azione nè giudizio *bis de eadem re*, ma costituisce piuttosto un mezzo di impedire l' esecuzione del giudicato.

Non sono ugualmente forme di revisione, nè eccezioni all' autorità della cosa giudicata, ma negazioni di questa autorità, i sistemi troppo assoluti adottati dalla *legislazione Musulmana* che permette al *cadi* (giudice) di rivedere tutte le ingiuste decisioni rese dal suo predecessore; e dalla *legislazione persiana* che permette al giudice di rivedere le decisioni da lui stesso rese, non appena si accorga di aver commesso un errore.

Nè maggiore considerazione meritano, dal nostro punto di vista, quei tipi antichi di revisione che consistono in un secondo giudizio che, in seguito all' evidenza di un errore, ha luogo sugli stessi elementi su cui si formò il giudicato: queste forme indistinte ed imperfette, che ritroviamo nei codici di *S. Marino* (art. 201), dell' *Equatore* (art. 262) e della *Russia* (art. 529), meglio si possono assimilare all' appello che non alla revisione in senso proprio: e non costituiscono eccezioni razionali e giustificabili al principio del *ne bis in idem*.

102. — Scendiamo invece all' esame di quelle legislazioni che conoscono, nel suo moderno e proprio concetto, l' istituto della revisione, inteso come eccezionale ripristino dell' azione e del procedimento penale chiuso con una decisione avente carattere di giudicato, allo scopo di ripa-

rare ad un errore giudiziario che nuove e prima non vagliate circostanze di fatto, fanno presumere contenuto nel giudicato medesimo.

E qui due punti, e due soli, perchè più generali e direttamente riguardanti il nostro argomento, possono essere presi in esame, a fine di vedere come siano stati considerati e regolati dalle vigenti legislazioni.

A) Revisione del giudicato a favore del condannato; e revisione in danno del prosciolto o del condannato.

B) Determinazione o meno dei casi di revisione.

103. — *A*) Riguardo al primo punto *due sistemi* si contendono il campo: l'uno che ammette la revisione solo *a favore* del condannato; l'altro che l'ammette anche *contro* il condannato e *contro* colui che fu prosciolto dalla accusa. Esponiamo l'uno e l'altro nel modo più oggettivo riserbando ad altra e più opportuna sede la manifestazione della nostra opinione in proposito.

a) I.° *Sistema*. L'autorità della cosa giudicata è un principio di ordine pubblico di cui bisogna assicurare l'osservanza il più rigorosamente possibile. Perciò non vi si debbono apportare eccezioni se non nei casi di estrema necessità. Se un cittadino fu ingiustamente condannato è assolutamente necessario che gli sia dato il modo di dimostrare la sua innocenza. Ma se si tratta di una ingiusta assoluzione non vi è la stessa necessità; tanto meno nel caso che un reo sia stato condannato ad una pena minore di quella che gli sarebbe spettata.

Questo sistema bandito dal Codice di istruzione criminale francese del 1808 (art. 443-445) fu successivamente adottato da molte legislazioni; e così dal codice *belga* (art. 443-445) dal codice *italiano* (art. 688-690) dal codice *olandese* (art. 375), dal codice di *Ginevra* (art. 503-505), dal codice del granducato di *Lussemburgo* (art. 443-445) dal codice *spagnuolo* (art. 954), dal codice *giapponese*

(art. 439), dalla legislazione *portoghese* (*Novissima reforma judiciaria*, art. 1263 e seg. e legge 3 aprile 1896, art. 1 e 2), dal codice del Cantone di *Friburgo* (art. 499), dal codice del principato di *Monaco* (art. 469 e s.), dal codice di *Neufchatel* (art. 500-509), dal codice di *Valais* (art. 414 e seg.), dal codice di *Vaud* (art. 530 e seg.), dal codice del *Messico* (del 1880, lib. III, tit. III), dal codice del Cantone di *Schwyz* (§ 318), dal codice di *Argovia* (§ 387), dal codice di *Wallis* (art. 414). Si può aggiungere il *Progetto di Codice di procedura penale*, presentato al parlamento inglese nel 1878 dall' *Attorney general*, nel quale si trova stabilita la riassunzione del processo solo a favore del condannato (art. 393) [9]).

b) II.° *Sistema.* Lo scopo del procedimento penale essendo la scoperta della verità è necessario che ogni errore così a danno come a favore dell' accusato, sia riparato; nell' una e nell' altra ipotesi, quindi, occorre ripristinare l' azione e ricominciare il processo: onde la riassunzione così *in favore* che *contro* l' accusato già giudicato una volta [10]).

---

[9]) *Bulletin de la Societé de legislation comparée*, VII.

[10]) Cfr. MITTERMAYER, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren*, Erlangen 1856, pag. 672; SCHWARZE, *Kommentar von deutsche Strafprozessordnung*, Leipzig 1878, pag. 550; GEYER, *Lehrbuch des gemeinen deutsche Strafprozesses*, Leipzig 1881, pag. 835 e seg.; DOCHOW, *Reichsstrafprozessrecht*, Berlin 1881, pag. 321 e seg.; ULLMANN, *Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrechtes*, Innsbruk 1882, 196 § e seg.; MAYNO, *Della revisione dei processi penali*, nell' *Archivio di Psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*, V; GAROFALO, *La revisione dei giudicati*, nella *Scuola Positiva*, 1893, pag. 102 e *Relazione al IV Congresso Giuridico nazionale*, pag. 15; VACCA, *Le riforme nella procedura penale proposte dal Guardasigilli al Senato*, nella *Rivista Penale*, XLII; BENEVOLO, *La revisione dei giudicati*, Relazione al IV Congresso giuridico nazionale, pag. 29 e seg.; ALIMENA, *La revisione dei giudicati*, Relazione al IV Congresso giuridico, pag. 119 e seg.

Questo sistema non ha minor seguito del precedente. Esso si ritrova nel codice *germanico* (§ 399 e 402), nel codice *austriaco* (§ 353 e 355), nel codice *zurighese* (§ 1100 e 1103), nel codice di *Solothurn* (§ 345 e 346), nel progetto *danese* del 1875 (§ 423 e 424), nel codice *norvegese* (§ 416 e 415), nel codice *ungherese* (§ 446 449), nel codice *serbo* (§ 335, 340 e 344), nel codice di *Berna* (art. 502), nel codice di *Turgovia* (§ 208), nel codice di *S. Gallo* (§ 193), nel codice di *Lucerna* (§ 436), nel codice di *Appenzell* (§ 92 e 93), nel codice di *Sciaffusa* (§ 320, 321), nel codice di *Glaris* (§ 148), nel codice di *Basilea* (§ 128), nel codice di *Zug* (§ 92), nel codice di procedura penale del 1734 (cap. XVII, § 32) e nell'Ordinanza reale del 1799 per la *Svezia*, nella legge di procedura per la *Finlandia* (cap. XXXI, § 3), in cui vige anche l'ordinanza precitata; nella legislazione della *Croazia*, le cui disposizioni sono una copia di quelle del codice austriaco; nel codice per la *Bosnia* e l'*Erzegovina* (§ 311-322), nel codice di procedura pel Canton *Ticino* del 3 maggio 1895 (art. 349, 256).

A questo sistema possono opportunamente ricollegarsi le legislazioni di alcuni Stati dell'America del Nord, tali quali risultano nella *Raccolta delle Leggi di Livingstone* (cap. XII): così lo *Statuto dello Stato di Massachussel* (cap. 138, sezione 1.ª), il codice della *Virginia* del 1849 (cap. 209), e il *Codice di procedura penale di New York* del 1881 (§ 470). Queste legislazioni riconoscono la facoltà all'accusatore ed all'accusato di domandare, dopo un verdetto di non colpabilità o di colpabilità, una nuova istruzione (*new trial*) così a favore che contro l'accusato nei casi specificamente determinati dalla legge. Fino ad un certo punto si può anche riattaccare a questo sistema la legislazione inglese, dove, accanto al ricorso in grazia, che, come abbiamo detto, costituisce il principale mezzo di ov-

viare al danno di una ingiusta condanna, esistono due rimedii giuridici per giungere alla revisione di processi criminali in genere, cioè la *motion in arrets of judgment* o domanda di sospensione che si fa dopo il verdetto e prima della sentenza quando risulta sia da un difetto di forma essenziale alla procedura, sia dalla non produzione di prove importanti che il verdetto del giury è ingiusto; e la *motion for new trial* o nuova informazione che si domanda dopo resa la sentenza, in certi casi determinati, e solo pei crimini puniti con pena diversa dalla morte (*misdemea nours*) non per quelli con tale pena repressi (*felonies*)[11].

104. — *B*) Quanto al secondo punto, si delineano ugualmente due sistemi l' uno che specifica tassativamente e limitativamente i casi in cui si fa luogo alla revisione; l'altro che stabilisce una formula generale e comprensiva di tutti i possibili casi pratici; e questi sistemi si ritrovano così a proposito di revisione della sentenza di condanna che a proposito di revisione della sentenza di proscioglimento.

a) I.° *Sistema*. L'autorità della cosa giudicata è un principio di stretto ordine di pubblico e di grande interesse sociale a cui non si può derogare senza grande cautela; è quindi necessario determinare rigorosamente le ipotesi in cui è giusto ammettere il giudizio di revisione il quale è e deve rimanere un rimedio *straordinario*, non *ordinario*[12]).

---

11) Cfr. Chitty, *Criminal law*, pag. 657; Mittermayer, *Traité de la procédure criminelle en Angleterre*, § 29.

12) Cfr. Ambrosoli, *Della revisione dei processi penali*, nel *Monitore dei Trib.*, VI, pag. 653; Grippo, *Della revisione dei giudicati*, nel *Filangieri*, III, pag. 86 e 87; Cesarini, *Dell' appello in penale*, nella *Rivista Penale*, IX, 476; Casorati, *Il processo penale e le riforme*, n. 84; Mayno, *Della revisione dei processi penali*, nell' *Archivio di Psichiatria*, l. c.; Garofalo, *Revisione dei giudicati*, nella *Scuola positiva*, 1893 e *Relazione* cit., pag. 11; Tuozzi *La dottrina della revisione*, VI.

Questo sistema della tassativa determinazione dei casi di revisione è seguito:

1.° *quanto alla revisione a favore del condannato:* dal Codice di istruzione criminale francese del 1808 (art. 443, 444, 445 modificato dalla legge 19 giugno 1867), dal codice belga (art. 443, 444, 445), dal codice italiano (art. 688, 689, 690), dal codice olandese (art. 375), dal codice rumeno (art. 445, 446, 447), dal codice greco (art. 503), dal codice ottomano (art. 349), dal codice egiziano (art. 242, 243), dal codice spagnuolo (art. 954), dalla legge federale svizzera (§ 159), dal codice giapponese (art. 439), dal codice russo (c. 934, 935, 180), dalla *Reforma judiciaria* portoghese (art. 1263 e 1265);

2.° *quanto alla revisione a danno dell'accusato:* dal codice germanico (§ 602), dal codice di Zurigo (§ 1100), dal codice di Soletta (§ 345), dal codice norvegese (§ 415).

b) II.° *Sistema.* L'autorità della cosa giudicata sta in ciò che essa « *pro veritate habetur* »: e perciò deve venir meno di fronte all'errore giudiziario, qualunque esso sia: ora l'errore potendo sorgere in mille e diversi modi dalla natura delle cose, non è possibile prevedere tutte le possibili eventualità pratiche e provvedere così mediante una tassativa specificazione di casi al di là dei quali la revisione non sia ammissibile [13]). Questo sistema si divide in due gruppi:

---

[13]) Conformi: MITTERMAYER, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren*, Erlangen 1856, pag. 672: SCHWARZE, *Kommentar von deutsche Strafprozessordnung*, Leipzig 1878, pag. 550: WALTER, *Lehrbuch des bayerischen Strafprozessrechts*, München 1859, pag. 155 e seg.: BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amelioration de la loi criminelle*, Paris 1855, II, 541: LE POITEVIN, *Les demandes en révision* nella *Révue Pénitentiaire*, 1855, pag. 957: FRIZZI, *Risposta al quesito concernente la revisione dei processi penali*, *Monitore dei Trib.*, VI, pag. 695: ORANO, *La revisione dei giudicati penali*, Roma 1888: GALATEO in *Diritto*, 1887, 31 maggio: GHURIATI, *Gli errori giudiziari*, Milano 1893, cap. X.

1) l' uno, assoluto, il quale rinunciando del tutto ad ogni categorica e limitativa determinazione di ipotesi stabilisce una formula generale che prevede la sopravvenienza, in genere, di nuove prove.

2) l' altro che, pur determinando restrittivamente delle ipotesi di revisione, stimandole nondimeno inadeguate a rispondere a tutte le eventualità, indica in modo generale come caso di revisione quello in cui si scoprano nuove prove che sole o unite a quelle che si conoscevano valgano a dimostrare la verità.

Nel *primo gruppo* rientrano:

a) *per ciò che riguarda la revisione a favore del condannato:* il codice di procedura penale *svedese* del 1734 (§ 3, Cap. XXXI), la legge di procedura penale *finlandese* (Cap. XXXI, § 3), e il Codice di *S. Gallo* (§ 193), di *Lucerna* (§ 346), di *Appenzell* (§ 92), di *Sciaffusa* (§ 320-321), di *Glaris* (§ 148);

b) *per ciò che riguarda la revisione contro l' accusato condannato o prosciolto:* l' ordinanza reale svedese e finlandese del gennaio 1779, il Codice di *S. Gallo* (§ 993), *Lucerna* (§ 436), *Appenzell* (§§ 92, 93), *Sciaffusa* (§§ 320 e 321), *Zug* (§ 92), *Basilea* (§ 128), *Glaris* (§ 148).

Nel *secondo gruppo* rientrano:

a) *per ciò che riguarda la revisione a favore del condannato:* il codice germanico (§ 399), il codice austriaco (§ 353), il codice ungherese (§ 371 e 309), il codice serbo (§ 340), il codice norvegese (§ 414), il progetto danese (§ 424), la legislazione portoghese (legge 3 aprile 1896, art. 1 e 2), la recente legislazione francese (legge 8 giugno 1895) e belga (legge 13 maggio 1892), il codice di *Vaud* (art. 530), di *Schwyz* (§ 318), di *Turgovia* (§ 208), di *Wallis* (art. 414), di *Ginevra* (articoli 563, 504 e 505), di *Friburgo* (art. 499), di *Soletta* (§ 346), di *Berna* (art. 502), di *Argovia* (§ 387), di *Zurigo* (§ 1103);

b) *per ciò che riguarda la revisione contro l'accusato condannato o prosciolto:* il codice *Austriaco* (§ 455), il progetto *danese* (§ 123), il codice *serbo* (§ 335, 344), il codice di *Berna* (art. 502), il codice di *Turgovia* (§ 208).

TITOLO II.

L'autorità della cosa giudicata penale nella sua costruzione scientifica e nel sistema del diritto positivo italiano

SEZIONE PRIMA. — Teoria generale della autorità della cosa giudicata penale

CAPITOLO I. — Il concetto legislativo e scientifico della cosa giudicata penale e della sua autorità.

105. Necessità di una determinazione scientifica della nozione di " cosa giudicata ". — **106.** La definizione romana della *res judicata:* esame critico. — **107.** Concetto di coloro che confondono la sentenza con la *res judicata.* Critica. Definizioni del Gericke e del Molinier. Loro confutazione. — **108.** Definizione del Carfora. Critica. — **109.** Distinzione fra sentenza, giudicato, e cosa giudicata: concetto della cosa giudicata. — **110.** Sua complicazione di fronte ai vigenti ordinamenti procedurali: in ispecie della combinazione del concetto di cosa giudicata col concetto dei gravami: loro antitesi. — **111.** Esaurimento della azione e del procedimento giudiziario penale nella cosa giudicata. *Autorità della cosa giudicata* ed *eseguibilità del giudicato* — **112.** Se la cosa giudicata possa annoverarsi fra le cause di estinzione dell' azione penale. Opinioni del Pessina e del Lucchini. Nostra opinione. — **113.** Il riconoscimento legislativo della autorità della cosa giudicata. — **114.** Critica del sistema della legge in proposito e deduzioni per una migliore disciplina legislativa. — **115.** Inesattezza dei sistemi che considerano la dottrina dell' autorità della cosa giudicata come appartenente alla *teoria delle prove* o a quella della *sentenza.* Tale dottrina fa parte della *teoria dell' azione.* — **116.** Derivazione storica e filosofica dell' autorità della cosa giudicata. La sentenza creante diritto: identità primitiva fra la forza obbligatoria della legge e quella della *res judicata.* — **117.** Derivazione logica della autorità della cosa giudicata di fronte ai principî del diritto pubblico moderno. Il giudicato come *attuazione* della legge penale: caratteri che gli derivano. — **118.** L' autorità della cosa giudicata è ine-

rente alla natura del *potere giudiziario* e della *funzione giudicante*. Riassunto. — **119.** Autorità *assoluta* della cosa giudicata penale e sua limitazione al *quid decisum*. — **120.** Condizione giuridica delle parti e del giudice di fronte alla cosa giudicata. a) *Le parti*: la *non impugnabilità* del giudicato: i suoi effetti. *L' exceptio rei judicatae*. — **121.** Tale eccezione è d' ordine pubblico, non può essere oggetto di convenzione delle parti; può essere proposta in qualsiasi stato e grado della causa ed anche in Cassazione. — **122.** Prova della cosa giudicata. *Actio judicati*. — **123.** b) *Il giudice*. La *irretrattabilità* della cosa giudicata. Obbligo del giudice penale di elevare *ex officio* la *exceptio rei judicatae*: *questione pregiudiziale* che ne risulta e suo intreccio con la *questione di competenza*. — **124.** L' interpretazione giudiziale della cosa giudicata: natura: limiti: e condizioni. — **125.** Influsso della cosa giudicata nell' orbita della posteriore decisione del giudice. La violazione dell' autorità della cosa giudicata come motivo di Cassazione. — **126.** Nozioni sintetiche di *giudicato*, *cosa giudicata*, *autorità della cosa giudicata*, *exceptio rei judicatae*, *actio judicati*. — **127.** Il principio " la pena estingue il maleficio ": suo erroneo riferimento alla autorità della cosa giudicata. — **128.** Istituti affini alla autorità della cosa giudicata. a) *Giudiziali*. La *litispendenza*. Il " concorso di competenza ". Il principio " *electa una via* ecc ". — **129.** b) *Extragiudiziali* — La confessione e la massima " *confessus pro judicato habetur* ". La remissione e la massima " *transactio habet auctoritatem rei judicatae* ". Impossibilità di analogie. La prescrizione. L' *auctoritas rerum similiter judicatarum*.

105. — Tradizionale è la voce « cosa giudicata » nel linguaggio giuridico dai Romani in poi: potrebbe quindi sembrare ozioso il precisare preliminarmente la nozione scientifica della cosa giudicata penale e della sua autorità. Ma una determinazione è necessaria e per più ragioni. Anzitutto l' uso abituale della voce suddetta nella terminologia legale e nella pratica forense che ha portato, come suole, e fin dai più antichi tempi [1]) all' abuso ed all' errore circa il suo contenuto: in secondo luogo, la mancanza assoluta di una definizione di legge: infine, la diversità sostanziale fra la concezione legislativa — quale si può dedurre dal sistema stesso del diritto processuale penale vigente — e la concezione scientifica — quale almeno io la ritengo — della cosa giudicata. A ciò si aggiunga il difetto, per non dire

[1]) Vedi le vuote ed inutili nozioni della cosa giudicata che si trovano in LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Sp. 470 med. 1 e 2.

la mancanza assoluta, di indagini dottrinali in proposito e si avranno, io credo, bastevoli ragioni per comprendere la necessità di codesta determinazione che non è d'altronde più che un omaggio all'esattezza scientifica e sistematica.

106. — I Romani ci hanno dato della cosa giudicata una definizione che ha resistito ai secoli; ed essa infatti si trova accettata così dagli antichi che dai moderni autori [2]) i quali — e sono pochissimi — si sono preoccupati di ricercare della cosa giudicata una nozione sintetica e scientificamente determinata. « *Res judicata*, secondo Modestino, *dicitur quae finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit* [3]).

E per comprender bene questa definizione occorre stabilire che i Romani cosa intendessero per *res*. Etimologicamente *res* era derivazione da *reor*, pensare, opinare e indicava l'oggetto della mente, l'idea. Il processo logico per cui si addivenne al significato in cui questa voce è presa nella citata definizione è acutamente rilevato dal Nocito « Come i veri pensieri — egli dice — sono quelli che hanno un riscontro nella realtà, così dalle immagini delle cose, le cose stesse furono dette *res* e più propriamente le cose nostre o il patrimonio dei singoli cittadini. La quale idea del patrimonio estendendosi a tutti i diritti in quanto la persona ne gode e li considera come sua proprietà, fece sì che la

[2]) Fra gli antichi vedi p. e. l'Eichrodt, *Dissertatio de vi rei judicatae*, Göttingen 1777, § 7, pag. 5. Gli autori moderni o non si preoccupano di dare il concetto della cosa giudicata, o ricalcano le orme del diritto romano. Vedi così: Nicolini, *Della Procedura penale nel Regno delle due Sicilie*, parte prima, vol. III, Napoli 1846, § 954, pag. 249.

[3]) L. 1 Dig. *de re judicata*, XLII, 1. Cfr. ciò che si dice al n. 16, pag. 37 e seg. Vedi anche legge XII Tavole « *aeris confessi rebusque iure iudicatis* ».

voce *res* denotò non pure la sicurezza delle cose che materialmente si posseggono e dei diritti reali e personali, ma l'inviolabilità della persona e quindi *res* fu pure detta la LITE così *civile* che *criminale* » [4]). E questo concetto trova un perfetto riscontro nelle fonti del diritto romano e anche negli scrittori romani non giuristi come Cicerone e Quintiliano [5]). Secondo le une e gli altri *res* è la *questione giuridica*, la *causa* di cui si discute; e in questo senso dicevasi la *res de qua agitur* intendendosi la controversia dinanzi al magistrato, complessivamente considerata; e in questo senso Ulpiano ebbe a dire che « *rei appellatione et causa et jura continentur* » [6]). E come si parlava di una *res deducta apud judicem*, di una *res amissa*, di una *res difensa*, così si parlava pure di una *res judicata*, intendendo di designare la *causa*, il *processo* definito con la sentenza del giudice.

Se non che, così intesa, come pure i Romani intendevano, la *res judicata*, la definizione di Modestino, presa in se e per se non dice niente; è una *definitio in circulo*, una tautologia. Che vale infatti dire che la *res* (lite civile o criminale) *judicata* è quella che « *accipit finem controversiarum pronunciatione judicis* » se non ripetere con diverse parole ciò che si vuol definire? Occorre anche dire quale sia questa *pronunzia*, quali siano i suoi effetti ca-

---

[4]) Cfr. NOCITO, *Prolegomeni alla filosofia del diritto giudiziario penale e civile*, Siena, Bargellini, 1867, § 20, pag. 85. CICERONE, *Pro Mur.*, 12, dice infatti: « Illud mihi mirum videri solet tot homnes tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuissent .... *rem* an *litem* dici oporteret ».

[5]) CICERONE, *Pro Cecina*, 8; *pro Murena*, 27; QUINTILIANUS, *Inst.* VII, 6, 1 *Declam.*, 266.

[6]) ULPIANUS, lib. 14 *Ad Edictum*, l. 26 *Dig. de verborum significatione*, 19; cfr. anche NEUMANN, *Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts*, voce *res*.

ratteristici e se questi alla pronunzia oppure alla lite si riannodino. La definizione romana se non è inesatta non è, certamente, completa.

107. — Inesatto è invece il concetto di coloro [7]) che confondono la cosa giudicata con la sentenza del giudice, ed appoggiandosi sopra alcuni testi romani [8]) in cui pure tale confusione si trova, criticano la definizione di Modestino adducendo che *res judicata* non è la lite che » *finem accipit* », ma la sentenza che « *finem imponit* ». No; la sentenza non si identifica con la cosa giudicata. Essa è l'*atto* supremo mediante il quale il giudice esplica interamente la sua giurisdizione e sintetizza ed esprime i risultamenti di tutto il processo; e appunto perchè è un *atto*, l'atto giudiziale per eccellenza, essa costituisce una *parte*, l'ultima, un organo, il più vitale ed importante, del procedimento penale. Perciò esso differisce dalla cosa giudicata come l'*obietto* di un giudizio differisce dalla *forma* con cui il giudizio si estrinseca. La sentenza è l'*espressione* del giudizio: la cosa giudicata è la *materia* del giudizio medesimo.

Neppure si può dire poi col Gericke [9]) che la cosa giudicata sia « *tantum et nil aliud nisi effectus pronunciationis judicis* ». Così si confonde la *cosa giudicata* con quella che si dice l'*autorità* della cosa giudicata. La cosa giudicata è la *materia* della pronunzia giudiziale e non l'*effetto* di questa; l'effetto, e non il solo, è l'*autorità* e questo non spetta tanto alla pronunzia essa stessa quanto alla materia della pronunzia.

Anche inesatta è la definizione del Molinier riportata

---

7) Cfr. DONELLUS, *Comm.*, vol. II, col. 121, Lucca 1767.

8) Vedi, ad es., cost. 3, *sent rex. non posse*, VII, L.

9) GERICKE, *Commentatio de re judicata sententiarum criminalium*, Göttingen 1803, § 4, pag. 3 e 4.

ed accettata dal Laurens [10]) « *On entend par chose jugeè la decision du pouvoir judiciaire qui met fin à une demande ou à une poursuite en statuant dèfinitivement sur un point en litige* ». Qui si confonde il *giudicato* con la *cosa giudicata* cioè la pronunzia, condanna o proscioglimento, con la materia della pronunzia che è poi l'oggetto e la materia stessa della controversia giudiziale.

108. — Neppure, infine, ci sembra accettabile la recente definizione del Carfora per il quale cosa giudicata è « *la pronunzia del competente magistrato che statuisce in maniera definitiva in relazione allo stato dei fatti che le son serviti di base intorno ad un determinato reato e ad un determinato giudicabile* » [11]). Questa definizione urta anch' essa, come le altre, nello scoglio di una logica confusione fra il concetto di *giudicato* e quello di *cosa giudicata;* concetti che debbono andar distinti non solo filologicamente — ciò che il Carfora ammette — ma anche giuridicamente — ciò che il Carfora nega. — Sta bene che « intanto la sostanza del pronunziato assume valore dirimente in quanto è riconosciuta e proclamata in un pronunziato di giudice e questo intanto desume la sua efficacia esecutiva in quanto a favore del suo contenuto sta quella presunzione di verità che sola può giustificare *il suo* valore quasi di legge..... » [12]). Ma altro è distinguere, altro è separare. Che il concetto di *giudicato* e quello di *cosa giudicata* siano fra loro intimamente connessi, non c' è chi voglia negare. Ma nessuno ugualmente potrà mettere in dubbio che essi siano nettamente distinti: distinti non solo *in se* in quanto l' uno è il pronunziato del giu-

[10]) Laurens, *De l' autorité de la chose jugée*, pag. 7.

[11]) Cfr. Carfora, *Cosa giudicata* (Materia penale), nel *Digesto Italiano*, n.° 3.

[12]) Cfr. Carfora, *Cosa giudicata*, l. c.

dice che risolve la questione, e l'altro la questione stessa che forma materia del pronunziato, ma anche nei loro *effetti*, in quanto all' uno si lega direttamente ed immediatamente la *forza esecutiva* che apre il procedimento di esecuzione; all' altra la *forza obbligatoria* che chiude il procedimento giudiziario. Se dunque, come nessuno dubita, *eseguibilità* del giudicato ed *autorità* della cosa giudicata son fatti ed idee che debbono andare distinte nei rapporti del diritto giudiziario penale, perchè dovranno insieme confondersi il *giudicato* e la *cosa giudicata?*; perchè si dovranno distinguer gli *effetti* e non distinguer le *cause?* Ma c' è di più. La definizione del Carfora confonde la cosa giudicata non solo col giudicato, ma anche con l' autorità della cosa giudicata. Che l' efficacia giuridica della *res judicata* abbia come limite lo stato di fatto cui la pronunzia si riferisce, è vero; ma tutto ciò non riguarda l' indagine sul concetto di cosa giudicata, bensì interessa la ricerca del *fondamento* della sua *autorità* [13]).

109. — Esposti e confutati i principali concetti che della cosa giudicata si sono avuti dagli scrittori non sarà inopportuno scendere alla determinazione della nozione che si deve intendere contenuta nella voce « cosa giudicata ». E intanto possiamo fissar questo: cioè che occorre distinguere la *sentenza*, dal *giudicato* e dalla *cosa giudicata*. *Sentenza* è l'atto formale del giudice mediante il quale egli esplica la sua giurisdizione (*facultas jus dicendi*) e risolve la controversia giudiziale applicando al fatto concreto e specifico la disposizione della legge pe-

[13]) Ugualmente vi sarebbe da ridire sulla « competenza » del magistrato posta come elemento essenziale della definizione mentre è secondario e, ad ogni modo, controverso; ed anche sull' accenno che nella definizione si fa al « reato » invece che alla « imputazione ». Ma di ciò sarà detto altrove più a proposito.

nale. *Giudicato* è la pronunzia, la decisione, il giudizio, contenuto nella sentenza definitiva. Esso differisce dalla sentenza come il *contenuto* differisce dal *contenente* e la *sostanza* dalla *forma:* l'una essendo l'atto con cui il giudice applica il diritto, *condemnando vel absolvendo;* l'altro, il diritto stesso fissato nella sentenza, la legge penale applicata, cioè la condanna o l'assoluzione. *Cosa giudicata* è, infine, il tema, l'oggetto, la materia del giudicato; il *quid decisum* o *judicatum* che è poi il *quid discussum* o *litigatum* cioè la materia della lite che, come avremo cura di rilevare, è di regola (salvo le differenze che può portar seco il corso del processo) il tema l'oggetto e la materia stessa dell'azione vale a dire l'imputazione di un dato reato ad una determinata persona (imputato). Possiamo dunque dire, per ora, che cosa giudicata è l'oggetto della pronunzia, condanna o proscioglimento, contenuta nella sentenza del giudice definitiva della controversia giudiziale.

110. — Questo concetto così semplice, così naturale e perciò così logico della cosa giudicata penale si complica e si artificializza di fronte ai vigenti ordinamenti procedurali. Il sistema processuale *misto* — essenzialmente adottato dalla vigente nostra legislazione penale processuale — ibrida ed ermafrodita conciliazione degli opposti sistemi *accusatorio* ed *inquisitorio,* portando seco la più strana, innaturale ed illogica duplicazione di atti e di funzioni fa sì che in esso e per esso, pronunzia *definitiva — quae finem controversiae imponit* — non sia soltanto, come dovrebbe essere, quella che chiude il dibattimento condannando o prosciogliendo il reo dalla imputazione, ma altresì secondo i più quelle che troncano a mezzo il processo prima che il reo venga portato a giudizio cioè le decisioni istruttorie di proscioglimento; onde un'altra categoria di *giudicati* che non può entrare se non forzatamente, nel semplice e più razionale

concetto della *res judicata*. Ancora questo concetto si complica perchè vi sono altre decisioni intermedie del processo che sotto certi aspetti ed entro certi limiti hanno carattere *definitivo* in quanto *inferunt irreparabile damnum;* perchè, nel sistema della legge, ogni decisione che, per sua natura, sarebbe *definitiva* non si ritiene veramente tale se non *dopo* trascorso un certo tempo durante il quale si concedono alle parti soccombenti dei mezzi per impugnarla (*gravami, vie di ricorso, istanze*) e *quando* o il termine sia trascorso senza che esse si siano valse di tali mezzi, o, essendosene valse, se ne sia esaurito l'esperimento. Ma sulle particolarità del sistema della legge non giova qui immorare mentre più tardi ne faremo l'esposizione e la critica dettagliata. Occorre solo notare, perchè più generale e direttamente attinente al soggetto di cui ora si tratta, come questa artificiosa idea dei gravami contro la sentenza definitiva sia venuta a turbare anche la serenità della ricerca scientifica così da far credere ad alcuni autori essere essa indispensabile per la determinazione della nozione razionale della cosa giudicata penale [14]). Concetto improprio e inesatto. Quale valida argomentazione si può, infatti, desumere dalla idea dei gravami in soccorso di quella scientifica costruzione? Forse che in nessun altro modo può la cosa giudicata concepirsi se non ricorrendo all'idea ausiliare dei gravami e rimedi esperimentabili contro una decisione? O non si può, invece, escogitare e praticamente attuare una *cosa giudicata* senza *gravami e rimedi* e dei *gravami e rimedi* senza una *cosa giudicata?* Si tratta dunque di un preconcetto prodotto dalla sola ed unilaterale considerazione del nostro sistema legi-

[14]) Fra gli antichi vedi STÜBEL, *Progr. de opin. vulgari sententias absolutorias* ecc., Vitemb. 1798, pag. 10; fra i moderni, REIMBERT, *De la chose jugée*, Paris 1865, pag. 177.

slativo; si tratta di non sapersi elevare dalle pastoie e dalle strettoie della legge fino ad una più alta, più pura e più indipendente sfera di idee e di principî. E si badi. Il concetto della cosa giudicata non è solo *razionalmente*, ma anche *storicamente* indipendente da quello dei gravami contro la decisione perchè questi non sorgono nella storia del processo civile e penale se non dopo, molto dopo, il momento in cui si forma nella coscienza giuridica dei popoli e si attua nei sistemi di legge l'istituto della *res judicata*. E non basta. Scientificamente il concetto dei *gravami* è non solo *indipendente*, ma *logicamente antitetico* al concetto di cosa giudicata. Non si capisce una decisione che sia al tempo stesso definitiva e non definitiva; una decisione che risolve la controversia, ma permette di ricominciarla; una decisione che non è decisione e non è risoluzione perchè non decide e non risolve nulla. Come appresso vedremo, gli effetti caratteristici del giudicato sono legati in modo proprio ed esclusivo ad ogni decisione con la quale si applica la legge penale, senza che vi debba essere di mezzo — come ostacolo logico e materiale — l'idea e il fatto della impugnabilità o meno della decisione. Inoltre, come pure si dirà, questi effetti caratteristici sono essenzialmente due: cioè la *forza obbligatoria* e la *forza esecutiva;* e all'una come all'altra si oppone contradittoriamente, e perciò incompatibilmente, il sistema dei gravami il quale ha appunto per iscopo e per effetto di far impugnare ed eventualmente revocare in un nuovo giudizio il giudicato reso nel precedente, sospendendone l'esecuzione durante lo svolgimento dei gravami medesimi e il nuovo giudizio da essi provocato. Infine si noti che nemmeno secondo il sistema stesso legislativo l'idea dei gravami serve alla determinazione della nozione della cosa giudicata: del *che cosa* essa sia, ma solo alla determinazione del *quando* essa sorga: la quale questione è da quella ben distinta e diversa.

111. — L'esattezza dei suesposti concetti di « cosa giudicata » e di « giudicato » si farà più manifesta quando avremo determinato quale sia la efficacia giuridica della cosa giudicata perchè ne risulterà che questa efficacia non può attribuirsi se non al contenuto, e a tutto il contenuto, della sentenza *quae controversiis finem dat* al quale è d'altra parte, naturalmente e necessariamente legata.

Ogni diritto, soggettivamente inteso, ha un inizio, uno svolgimento ed una fine naturali; nasce, vive e muore. Non diversamente è del diritto di *azione penale*. Sorge esso pel fatto giuridico della perpetrazione di un reato, vive per mezzo ed attraverso al procedimento penale e muore naturalmente nel giudicato. Il giudicato è dunque il momento estintivo dell'azione penale, il naturale esaurimento di esso dopo che ha consumato il corso del suo sviluppo e della sua vita. Attività del diritto penale soggettivamente inteso come *ius puniendi* dello Stato; necessaria e legittima quanto questo stesso diritto, l'azione penale deve naturalmente nel raggiungimento del suo scopo che, in senso largo, è l'applicazione della legge penale, trovare la sua fine naturale e, quasi direi, la sua morte. Applicata al fatto concreto la disposizione della legge penale mediante la sentenza del giudice definitiva della controversia giudiziale, l'azione penale ha raggiunto il suo fine e si esaurisce nella *pronunzia contenuta nella sentenza definitiva* sia essa condanna o proscioglimento; cioè appunto nel *giudicato*. Il quale, se esaurisce l'azione, non ha meno virtù giuridica di esaurire il procedimento penale, inteso come procedimento *giudiziario*, perchè nel diritto applicato *condemnando vel absolvendo* sta altresì la cessazione della ragion d'essere del processo che è l'applicazione appunto della legge penale. Il giudicato è pertanto causa di naturale *estinzione* dell'azione penale e costituisce il punto di transizione fra il procedimento *giudiziario* e

l'*esecutivo*, fra il *giudizio* e l'*esecuzione del giudizio*. Esso deve dunque avere in sè la forza giuridica di *chiudere* il giudizio e di *aprirne* l'esecuzione: poichè infatti l'azione penale si è, mediante il giudicato, naturalmente esaurita, essa non deve poter rivivere più; non deve perciò potersi riproporre neppure una volta dopo una sentenza definitiva (*ne bis in idem*); e in ciò consiste *l'autorità del giudicato* o meglio, in quanto più propriamente riguarda la materia del giudizio, presa nel suo complesso, l'*autorità della cosa giudicata*. Se poi l'azione non si può più riproporre vuol dire che il *giudizio* è finito, e altro non resta, per dar fine al processo, se non provvedere alla *esecuzione* della pronuncia che la sentenza definitiva contiene cioè, nel caso di condanna, all'assoggettamento del reo alla pena e, nel caso di proscioglimento, alla liberazione dell'innocente indebitamente imputato; nel che consiste la *forza esecutiva* del giudicato. L'*eseguibilità coattiva del giudicato* e l'*autorità della cosa giudicata* sono perciò due conseguenze parallele, coesistenti, ed indissolubili della attitudine e potenza che ha la *res judicata* di esaurire l'azione e il giudizio penale. Così la *res judicata* da una parte estingue l'azione penale e dà l'*exceptio rei judicatae;* dall'altra ne crea una nuova che è l'*actio judicati* intesa a far valere il diritto di eseguire il giudicato nel caso di condanna.

112. — Si è, tuttavia, discusso se la cosa giudicata possa annoverarsi fra le cause estintive dell'azione penale. Lo ha negato il Pessina [15]) adducendo che « la pre-

---

[15]) Pessina, *Elementi di diritto penale*, Napoli, Marghieri, 1882, vol. I, pag. 379 e anche pag. 358 e 359; Borsani e Casorati, *Codice di procedura penale italiano*, commentato, Milano, Pirola, 1879, vol. I, passim; Stoppato, *La cosa giudicata e le pronunzie istruttorie di non luogo*, *Temi Veneta*, vol. XX, pag. 48. La cosa giudicata « .... non estingue ma dà compimento ed esaurimento all'azione. Non la tronca nel suo progredimento e nel suo sviluppo naturale, ma si riferisce

tesa estinzione (*mediante la cosa giudicata*) non è che *esaurimento di attività* e non recisione che tronca i nervi all'azione penale » mentre « l'estinzione vera dell'azione penale sta nell'efficacia di una forza estrinseca all'azione penale che la faccia cessare ». A lui risponde di rimando il Lucchini [16] che appunto perchè la cosa giudicata è esauri-

invece alla sua naturale consumazione. Quando il tema dell'azione è stato compenetrato nella sentenza, e diventa tema di quest'ultima l'azione penale è estinta, non perchè una causa qualsiasi naturale o politica ne tagli le radici ma perchè, a così esprimerci, essa è venuta a maturazione e si è transustanziata nella sentenza ». Vi sono poi alcuni autori i quali, benchè non neghino esplicitamente la forza estintiva del giudicato, tuttavia non lo annoverano fra le cause di estinzione dell'azione penale. Vedi, ad es., Puglia, *Manuale di procedura penale*, 2.ª ed., Napoli 1890, pag. 246; Normand, *Traité élémentaire du droit criminel*, Paris 1896, pag. 624, § 909 e seg.; Laborde, *Cours de droit criminel*, Paris 1898, n. 1235 e seg., pag. 782; Lacoste, *Chose jugée* nel *Répertoire général alph. de droit français*, n. 802-817.

[16]) Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1899, 2.ª ed., n. 96. Conf. Borsari, *Dell' azione penale*, Torino 1866, pag. 504, testo e nota 6; Glaser, *Der Verbrauch der Strafklage nach deutschem Strafprozessrecht* nella *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, XII (1885), pag. 303 e seg.; Hélie, *Traité de l' instruction criminelle*, vol. I, n. 1252; Laurens, *De l' aut. de la chose, jugée*, pag. 1; Tuozzi, *Corso di diritto penale*, Napoli 1890, vol. I, pag. 489; Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Torino 1865, vol. II, pag. 43: « La sentenza di condanna — dice questo autore — non estingue l'azione penale, ma vi dà compimento; ed anche la sentenza che libera l'accusato per non essersi da lui commesso il reato ascrittogli, a volerla considerare quale espressione di una verità, non estingue propriamente una azione penale, ma ne dissipa le fallaci apparenze. Siccome però la sentenza che niega il reato libera l'accusato in onta anche alle più manifeste prove in contrario e quantunque si tratti di prove sopravvenute, ed anche quando si volesse ripigliare l'esame dello stesso fatto sotto un diverso aspetto non stato nel precedente giudizio considerato, nei quali casi si oppone ad una nuova accusa l'eccezione della cosa giudicata: così e

mento dell' azione si deve fra quelle cause comprendere giacchè « col dire che la cosa giudicata estingue l' azione penale s' intende che per un medesimo fatto pel quale fu proceduto e definitivamente giudicato, prosciogliendo o condannando il reo, non si possa nuovamente esercitare l' azione penale ».

Con tutto il rispetto che si deve a questi nostri illustri e celebrati autori a me pare che la questione, se a spiegazione della legge ha ragione di essere, razionalmente è più questione di parole che di concetti. Si tratta di vedere che cosa si intende per « estinzione » della azione penale; ed è evidente che solo la differenza nel concetto di questa estinzione può portare ad una discussione che forse non è tale neppure nella mente di coloro che vi partecipano. È come se si discutesse, infatti, se soltanto

---

sotto questi speciali riguardi fra le cause di estinguere l' azione penale si suole non senza ragione annoverare anche l' autorità dei giudicati ». Cfr. pure TOLOMEI, *Diritto e procedura penale*, Padova 1874, pag. 392, n. 1580. (« Se l' azione penale ha il suo pieno corso essa rimane esaurita con l' atto cui tende immediatamente cioè con la sentenza ») e n. 1587. (« .... la giusta sentenza deve estinguere l' azione penale »). BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, pag. 461, n. 914 « L' azione penale si estingue ..... 2.°) con la sentenza .... »; TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, 1878-1883, 2.ª ed., t. II, pag. 687 e seg.; HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 1879, tomo II, n. 1270 e seg.; BERNER, *Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess*, Leipzig 1891, § 1 e 2, pag. 1-4; MANGIN, *Traité de l' action publique et de l' action civile*, Bruxelles 1839, n. 277, pag. 257: « L' action publique s' eteint ..... 3) par un jugement passé en force de chose jugée qui acquitte le prévenu du fait incriminé ». BARAVEAU, *De l' influence de la chose jugée sur l' action publique*, Paris 1898, pag. 1 e seg.; LE SELLYER, *Traite de l' exercice et de l' extinction des actions publique et privée*, Roma 1889, n. 634, pag. 331; CARRARA, *Programma, parte generale*, vol. I, Lucca 1871, § 578, pag. 305; NICOLINI, *Procedura penale nel Regno delle due Sicilie*, Napoli 1846, parte I, vol. III, n. 838, pag. 134; CARFORA, *Cosa giudicata nel Dig. Ital.*, n. 8.

la violenta uccisione o anche il naturale esaurimento di una vita che ha compiuto il suo termine possano dirsi « morte » dell'uomo. E tuttavia, tra le due, io mi sento piuttosto inclinato all'opinione del prof. Lucchini appunto perchè se morte è tanto la morte violenta che la morte naturale, estinzione dovrà dirsi tanto l'estinzione per effetto di una forza estrinseca alla azione penale che la faccia cessare, quanto l'estinzione per via di un intrinseco e naturale esaurimento della medesima. Chè, anzi il giudicato rappresenta l'estinzione, a dir così, *fisiologica* dell'azione penale mentre *patologica*, per contrapposto si potrebbe dire l'estinzione proveniente da cause estrinseche all'azione penale; e appunto per ciò essa è l'estinzione per eccellenza, l'estinzione *necessaria* e *normale*. D'altronde perchè negare alla cosa giudicata virtù estintiva dell'azione penale e concederla invece, come il prof. Pessina fa, alla morte del reo ed alla remissione della parte lesa? Non sono queste, come quella, cause altrettanto *naturali* di estinzione dell'azione penale? per le quali questa cessa di esistere sia col venir meno del soggetto passivo dell'azione e del processo, sia col mancare della condizione essenziale di perseguibilità del reato? Si può dire che la morte dell'imputato e la remissione dell'offeso si rappresentano rispetto all'azione come fatti e forze ad essa estrinseche e da essa indipendenti come quelle che sono il prodotto l'una di un caso fortuito e l'altra della volontà attuosa di un terzo. Ma anche l'opera del giudice che nel giudicato trova la sua concreta e formale espressione è un fatto estrinseco all'azione e, fino a un certo punto, da essa indipendente. A me par dunque che si debba ritenere il giudicato una causa, anzi la principale causa, di estinzione della azione penale e si possa affermare che appunto in questa virtù estintiva consista la così detta e tradizionalmente detta sua « *autorità* »; e ciò perchè è corollario

logico facilmente deducibile che una azione una volta *estinta*, appunto perchè *estinta*, non possa *risuscitare* col riproporsi una seconda volta e formar tema di una seconda sentenza (*ne bis in idem*) [17]. Il giudicato è poi una delle cause *naturali*, come pure tradizionalmente si dice, di estinzione della azione, sebbene non debba ritenersi con ciò escluso che la sua autorità sia determinata da necessità sociali e politiche.

113. — Il legislatore italiano del Codice penale non ha *formalmente* accettato questa dottrina perchè nel titolo IV Cod. pen. in cui si parla della « *estinzione dell' azione penale e delle condanne penali* » non si fa nessuna menzione della *cosa giudicata*. Ma ciò non vuol dire che la legge l'abbia esclusa dalle cause di estinzione, cioè che abbia ad essa negata questa potenza estintiva. Già, in linea di principio, sta che la legge non può mutare la realtà dei fatti, ma solo regolare i fatti quali sono nella realtà; e se realmente e naturalmente la cosa giudicata ha la virtù intrinseca di esaurire l'azione, non v'è forza di legge che possa distruggere questa verità di fatto; al più, essa potrà non esplicitamente riconoscerla, e allora sarà compito della dottrina e della giurisprudenza il rivelarla, il consacrarla e il farla obbligatoriamente valere. Ma d'altronde neppure è vero che la legge non abbia, in sostanza, riconosciuta l'efficacia estintiva della *res judicata*. Più di una volta, nel Codice di procedura penale, il legislatore pone il divieto del « *bis in idem* » [18]; e questo stesso divieto è

---

[17]) L'azione può bensì, per nuove cause *rinascere* (cfr. ULPIANO, l. 10, § 9, Dig. *de in rem verso*, XV, 3) ma allora — come dice il NICOLINI, *Procedura penale*, vol. III, parte I, n. 815 è « riproduzione di una azione novella, non *restituzione* » : l' azione *estinta* non può mai restituirsi.

[18]) *Codice di procedura penale*, art. 266, 445, 518, 540.

ugualmente e più volte ripetuto nei codici speciali [19]): tanto basta perchè l'interprete ne deduca, come il Lucchini deduce infatti, la virtù estintiva dell'azione penale concessa al giudicato dal nostro diritto positivo.

114. — Ma se la consacrazione legislativa dell'autorità della cosa giudicata non può formare oggetto di dubbio alcuno, non è però scientificamente encomiabile il modo con cui la legge ha disposto in proposito. L'autorità della cosa giudicata, considerata in se, non è che una grande astrazione: concretamente ed esteriormente essa si presenta come un divieto: il divieto di ritentare una azione esaurita mercè sentenza. Come tale essa è un *principio generale* di diritto penale processuale perchè il « *ne bis in idem* » vale per ogni decisione che abbia virtù di esaurire l'azione ed il procedimento giudiziario penale. Basta quindi che la legge affermi, una volta per sempre, questo divieto perchè esso si debba ritenere applicabile ad ogni decisione *definitiva*. Fu già osservato che « sulla cosa giudicata la legge non può dettare precetti che invece sono riservati al ragionare della scienza perchè in essa la parte *logica* è maggiore della parte *di fatto* » [20]). Ne consegue che le disposizioni legislative sull'argomento debbono essere ridotte alla più semplice espressione possibile, perchè non si tratta qui di *iubere*, ma di ragionare deduttivamente e di trarre tutte le logiche conseguenze del principio generale. Il sistema della nostra legge processuale in materia di cosa giudicata è (lo vedremo meglio in seguito) ozioso e inesatto principalmente per la

[19]) *Codice per la marina mercantile: Regolamento*, art. 1033; *Codice penale per l'esercito*, art. 422, 487, 513; *Codice penale militare marittimo*, art. 532, 548, 577.

[20]) Cfr. COGLIOLO, *Cosa giudicata* nell'*Enciclopedia Giuridica*, vol. III: parte IV, pag. 3, n. 2.

mancanza che in esso si riscontra di una disposizione sintetica e generale. Ciò non fu osservato dal Laurens [21]) il quale rimprovera il Codice francese di aver racchiuso in pochi articoli (dei quali nel nostro Codice abbiamo la quasi identica riproduzione) tutta la teoria della autorità della cosa giudicata. « Il nous soit permis de déclarer — dice egli — combien il est facheux que le Code ne renferme pas sur un point aussi important des développements plus considérables. Le texte des art. 360 e 246 [22]) loin de fournir la solution de toutes les questions qui peuvent surgir laisse à cause de sa simplicité et de sa brèveté le champ libre à bien des controverses, sur les quelles on est encore loin de s' accorder ». Per me invece, sarebbe stato desiderabile che il legislatore non avesse scritto neppure questi articoli, ma si fosse limitato a statuire il *bis de eadem re ne sit judicium*, cioè a stabilire, in linea generale ed assoluta, che la risoluzione definitiva di una controversia giudiziale esaurisce l' azione penale, così che questa non si può più riproporre e, riproposta, deve essere respinta e dichiarata inammissibile.

È strano, è improprio e non è opportuno che la legge scenda all' esame particolareggiato delle applicazioni che il principio della cosa giudicata può generare nella scienza e nella pratica: perchè con ciò essa usurpa il compito del giurista e del magistrato e, in luogo di essere completa e di provvedere a tutto, riesce monca e deficiente, accadendole di parlare là dove meno se ne sente il bisogno, e di tacere dove invece sarebbe stato necessario che avesse parlato. La legge deve dunque limitarsi a comandare che « non si eserciti di nuovo una azione penale esaurita mercè sentenza definitiva »; e questo deve fare non nella *Costi-*

---

[21]) Laurens, *De l' aut. de la chose jugée*, pag. 113.

[22]) Corrispondenti ai nostri art. 518 e 266.

tuzione, come si fece da alcune nazioni [23]), perchè il principio « *ne bis in idem* » non è che una delle mille applicazioni del principio di libertà individuale che si riscontrano nel campo del diritto giudiziario penale; e neppure nel *Codice penale*, perchè non si tratta qui di una norma astratta e sostanziale, che possa considerarsi, a dir così, staticamente, ma di una norma nella sua attualità, nel suo dinamico estrinsecarsi attraverso alle forme processuali. Il divieto del « *bis in idem* » trova invece la sua opportuna collocazione nel Codice che tratta del *processo penale*. Ma in qual parte di questo? La nostra legge afferma la prima volta il divieto là dove tratta della « *istruzione preparatoria* » e precisamente della sua chiusura giudiziale [24]); ma è poi costretta a ripeterlo là dove parla del « *giudizio* » e cioè, una seconda volta, a proposito dei giudizî della sezione di accusa [25]), una terza, a proposito della sentenza della Corte di assise [26]), una quarta, a proposito dei giudizî contumaciali della Corte medesima [27]). Naturalmente, per voler entrare nelle particolarità, la legge ha poi finito col riuscire incompleta e la dottrina e la giurisprudenza presero occasione dal difetto della legge per dare al principio, bensì l'estensione di cui era capace, ma talvolta anche quella di cui non era capace [28]): conseguenza, questa,

---

23) Cfr. n. 78 e la critica *ivi* fatta di questo sistema.

24) Libro I, tit. II, sez. XI, art. 266, Cod. proc. pen.

25) Libro II, tit. III, cap. I, art. 445, C. p. p.

26) Libro II, tit. III, cap. VI, art. 518, C. p. p.

27) Id. cap. VII, art. 540.

28) Così a proposito dell'art. 518 che per il suo collocamento materiale sembra riferirsi soltanto ai giudizi di Assise la dottrina e la giurisprudenza, concordemente, hanno ritenuto che debba intendersi esteso ad ogni altro giudizio di merito. Ma così pure a proposito degli art. 266 e 445 una parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto a torto che l'autorità della cosa giudicata vada annessa a tutte le decisioni istruttorie. Per tutto ciò cfr. il seguito.

inevitabile del sistema che, invece di dare una norma sintetica e generale, applicabile a tutti i casi, vuol entrare nell'analisi dell'applicazione. Il divieto del *bis in idem* va invece posto una volta sola nel Codice di procedura, ed in luogo da cui esso possa intendersi esteso a qualunque decisione che esaurisca il procedimento; e questo scopo, di non lieve importanza ermeneutica, si potrà raggiungere collocando questa norma fra quelle che trattano della « estinzione dell'azione penale ». Tale è pure la posizione sistematica che deve avere l'argomento della cosa giudicata in una trattazione scientifica [29]), perchè la teoria della cosa giudicata fa parte della *teoria della azione* e questa appartiene al *diritto penale formale* [30]).

115. — E che la teoria della autorità della cosa giudicata rientri e debba rientrare nella teoria dell'azione, non mi pare che si possa mettere in dubbio. Tuttavia, alcuni autori credono che la dottrina della cosa giudicata debba far parte della teoria delle *prove* ed altri della teoria della *sentenza*. Nè l'uno nè l'altro sistema mi sembra esatto. Il primo che fu adottato in materia civile

---

[29]) Cfr. infatti Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. I, liv. II, chap. VI, Lucchini, *Elementi di procedura penale*, libro I; tit. I, capo III, § 2, e in genere gli autori citati a nota 13.

[30]) Tale è l'opinione dominante in Francia sostenuta in Italia fra gli altri dal Buccellati, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, pag. 443 e seg. e dal Lucchini, *Elementi di proc. pen.*, n. 61 « La prima tesi (quella che sostiene il tema dell'azione di pertinenza del diritto materiale) si fonda nel considerare l'azione niente altro che un effetto pedissequo della legge sostanziale e costituente un diritto. Ma tutta la procedura è una conseguenza del giure statuente ed ogni istituto processuale ha carattere giuridico. D'altronde, tolta l'azione alla procedura, questa rimarrebbe senza punto di appoggio, senza titolo e senza vincolo di relazione alcuna col diritto sostanziale mentre, d'altro canto, le sue funzioni e vicende, stanno fuori del campo del diritto medesimo ».

anche dal legislatore italiano [31]), parte dal concetto, falso, come appresso mi studierò di dimostrare, che l'autorità della cosa giudicata altro non sia se non una *praesumptio iuris et de iure* di verità, posta dalla legge nell'interesse sociale; e di questo sistema più a proposito parlerò là dove si tratta del fondamento della autorità della cosa giudicata. L'altro sistema è anch'esso, sebbene in minor grado, inesatto. Sicuro che, in certo senso, la teoria della cosa giudicata può trovare il suo posto nella teoria della sentenza. Si tratta qui appunto dell'influenza che la sentenza ha sul diritto materiale, sulla sostanza del giudizio: si tratta dell'esaurimento che mercè la sentenza si compie dello *ius persequendi in iudicium* il colpevole di un dato fatto delittuoso. Ma, come è noto, non è questo il solo effetto della sentenza; ve ne è un altro, e non meno importante, e questo è l'eseguibilità, la forza coattiva ed esecutiva; e come la teoria e la trattazione della *actio judicati* e della esecuzione dei giudicati esula, per comune consenso, dalla teoria e dalla trattazione della sentenza, così è logico che ne rimanga fuori la teoria della *exceptio rei judicatae* o della autorità della cosa giudicata. D'altronde, se si considera che non si tratta tanto della sentenza, come della decisione in esso contenuta (giudicato); se si guarda, inoltre, che non tanto interessa l'esame della decisione formalmente e processualmente considerata, quanto quello dello effetto della decisione medesima sulla materia e la sostanza giuridica del processo; se si riflette che questo effetto è la « consumazione processuale dell'azione penale in ciò che ne forma oggetto », ci si convincerà, io penso, quanto più proprio e più scientifico sia di far rientrare la teoria dell'autorità della cosa giudicata nella teoria dell'*azione*.

31) Lib. III, tit. IV, capo V, « della prova delle obbligazioni » sez II « della prova testimoniale », art. 1351 Codice civile.

116. — Detto del concetto di cosa giudicata e di autorità della cosa giudicata nella scienza e nella legge, resta che si ricerchi una spiegazione di questa autorità, che si indaghi quale sia la sua storica e logica derivazione.

Naturale, dal punto di vista storico e filosofico, è il concetto di una autorità della cosa giudicata. È risaputo che nella infanzia dei popoli il diritto, compreso il penale, diveniva positivo con la semplice consuetudine [32]). E tuttavia, prima ancora della legge, prima ancora della consuetudine fu *fonte di diritto* la sentenza del giudice [33]). I primi giudici erano i padri, i sacerdoti, i vecchi, i capi, i re; e le loro sentenze erano rispettate in ossequio alla loro autorità personale. La sentenza rappresentava l'opinione e la volontà del giudice; il ribellarsi ad essa sarebbe stato come ribellarsi al giudice stesso: alla cosa giudicata si doveva dunque obbedienza come alle persone che avevano facoltà di giudicare. Ecco, dunque il primo concetto di una *autorità* della cosa giudicata considerata come una parte della autorità del giudice che si distacca dalla *persona* e si trasmette nella *funzione* e nell'*atto;* e che ora procede dal mistico timore religioso, ora dalla deferenza alla saggezza ed alla esperienza senile, ora infine dal timore della forza e della potenza del re. L'*autorità* della cosa giudicata preesiste dunque all'*autorità* stessa della consuetudine e della legge; e la *res judicata* è la prima *fons iuris.* Non solo: ma è essa appunto che genera la consuetudine prima e la legge poi. Ed ecco come. I giudicati non dovevano essere rispettati solo dalle parti, ma anche dai giudici; e non solo, come è naturale, dai giu-

---

[32]) Cfr. Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* trad. Bertola, 2.ª Ed., Milano 1892, § 146, pag. 222.

[33]) Cfr. Cogliolo, *Manuale di filosofia scientifica del diritto,* § 4; *Cosa giudicata* nella *Enciclopedia Giuridica Italiana,* pag. 307, 308, 312.

dici che li avevano resi i quali non avrebbero potuto senza contradizione e senza discapito del loro prestigio, smentirli e revocarli; ma anche dai giudici futuri, nei casi simili, in omaggio allo spirito di imitazione fortissimo nei popoli giovani; perciò il ripetersi costante di questi giudizî fece sorgere ben presto la consuetudine cioè il diritto tradizionale delle sentenze: la *series rerum judicatarum* [34]). In quei tempi quindi il giudice è un legislatore; i suoi giudicati (θεμιστται) hanno forza di creare il diritto: la *res judicata* è la legge e la sua autorità è la stessa autorità della legge. E di questo fatto troviamo traccie nelle primitive società politiche dell' epoca preromana [35]). Ma anche più tardi, nella prima epoca del diritto romano, troviamo che gli organi destinati alla produzione del diritto sono gli stessi che ne fanno applicazione: tanto che nemmeno si avverte la diversità di funzione; ed anche allora il re e le assemblee sono giudici e legislatori ad un tempo, la sentenza crea diritto ed il giudicato è la legge ed ha la sua autorità [36]). Solo in seguito si cominciano a distinguere nettamente le due funzioni ed in una età di maggiore sviluppo civile anche gli organi legislativi e giudiziari; ma anche in questa età e dopo tale distinzione troviamo un organo giudicante, il Pretore, il cui Editto annuale se legalmente non creava diritto aveva tuttavia forza obbligatoria di legge in virtù dell' impero del magistrato durante l' anno e svolgeva un proprio e caratteristico *ius*

---

34) Cfr. Cogliolo, *Cosa giudicata*, pag. 313 e più ampiamente *Storia del Diritto Romano*, Firenze 1889, vol. I, pag. 130.

35) Cfr. il cap. I, sez. 1, tit. I del presente trattato. V. anche Leist, *Graeco-italische Rechts Geschichte*, 1884, pag. 479 e seg.

36) Sulla autorità del giudicato in quello che noi diciamo « periodo primitivo » vedi il § 1, cap. II, sez. I, tit. I, del presente trattato, n. 8-12.

honorarium [37]). Infine anche nei giudizi del medio evo troviamo un organo giudiziario di formazione del diritto cioè gli scabini che in mancanza della legge *inveniebant sententiam* [38]); e anche allora in tal caso la *res judicata* si identificava con la legge e l'autorità di quella con l'impero di questa perchè — come dice lo Schupfer [39]) — si tratta sempre della creazione di una norma giuridica mediante la sua diretta applicazione.

117. — Diversa è la genesi logica della autorità della cosa giudicata penale nel diritto pubblico moderno. Ai tempi nostri la funzione del potere giudiziario è ben distinta da quella dal potere legislativo come distinti sono gli organi chiamati ad esercitarla [40]). Il giudice non è legislatore: la sua pronunzia non vale a creare diritto. Il diritto oggettivo preesiste già formato e completo per opera del potere legislativo che è chiamato non diremo a crearlo — perchè il diritto così nelle sue origini che nel suo sviluppo è manifestazione sociale naturale e necessaria, — ma a riconoscerlo, a dichiararlo, a sanzionarlo sotto forma di legge, suprema espressione della volontà dello Stato. Specie nella sfera del diritto penale, a differenza che in altri rami del diritto pubblico e privato in cui è riconosciuta accanto alla legge l'efficacia complementare della consuetudine, la norma giuridica non può non essere formalmente e solennemente dichiarata nella forma di legge (*nullum crimen, nulla*

[37]) Sull'autorità della cosa giudicata in questo periodo v. indietro n. 12-14.

[38]) Cfr. n. 52.

[39]) Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano*, Roma 1895, pag. 148.

[40]) Cfr. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1890, pag. 209-210 e pag. 111; Brunialti, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Biblioteca delle scienze politiche ed amministrative, Torino 1896, vol. VII, pag. 314 e seg.

poena sine lege) se non si vuol far campo all'arbitrio del giudice in materia penale più che altrove pericoloso e funesto [41]). La dichiarazione del diritto circa il trattamento dei reati e l'irrogazione delle pene è quindi oramai opera esclusiva del legislatore; e il giudice penale invaderebbe il campo del potere legislativo se nella risoluzione della controversia a lui sottoposta si arrogasse la potestà di riconoscere e dettare il diritto. La sua opera è invece subordinata alla preesistenza di una legge penale che dichiari quali azioni ed entro quali limiti siano punibili; la sua funzione è più modesta e sta solo nell'*applicare il diritto*, cioè le norme giuridiche penali previamente e genericamente fissate dal legislatore, al caso pratico e specifico sottoposto alla risoluzione giudiziale [42]). E questa applicazione involve come presupposto logico e necessario la dichiarazione del contenuto e dello spirito della legge cioè l'*interpretazione* pubblica giudiziale [43]) della legge penale il cui potere deriva al giudice appunto dalla stessa missione che

[41]) Codice penale italiano, art. 1, Code pénal français, art. 4, *Strafgesetzbuch* tedesco, § 2. Cfr. CARRARA, *Programma*, vol. I, § 25, BERNER, *Lehrbuch*, § 146.

[42]) Cfr. su ciò BRUNIALTI, *Op. cit.*, pag. 318; ORLANDO, *Op. cit.*, pag. 209; PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, pag. 177-178. Colgo qui l'occasione per notare che in materia *penale* meglio che in materia *civile* si attua la distinzione fra potere e funzione legislativa e potere e funzione giudiziaria; perchè solo in materia penale può dirsi che còmpito esclusivo del giudice sia quello di *applicare* il diritto. In materia civile, invece, nel silenzio e nella oscurità della legge il giudice ha, come il legislatore, vera e propria facoltà di *dichiarare* il diritto. Così *dichiarazione* e non semplice *interpretazione ed applicazione* del diritto è la dichiarazione di una norma consuetudinaria, di un principio generale di diritto, di una analogia legale e giuridica, di un principio di equità.

[43]) Su di essa vedi CARRARA, *Programma*, I, § 888-891; SAREDO, *Trattato delle leggi*, Firenze 1886, n. 666-673.

egli ha di risolvere in base a essa legge la controversia concreta giudiziale. La funzione giudiziaria penale essendo pertanto duplice cioè l'*interpretazione* e l'*applicazione* della legge penale, ne consegue che l'atto in cui tale funzione si esplica in tutta la sua pienezza dovrà, appunto, contenere l'interpretazione e l'applicazione della legge penale; e quello essendo la *sentenza definitiva* può dirsi che la *pronunzia* in essa contenuta *rappresenti la stessa legge penale in quanto dallo stato di potenza in cui si trova si attua per mezzo della sentenza definitiva del giudice che l'interpreta ed applica al caso particolare* [44]). Ma appunto per ciò questa pronunzia, e questa soltanto, deve avere quegli effetti o caratteri che alla legge sono propri e che le derivano dall'essere essa, in quanto ne rappresenta l'*attuazione*, quasi una *emanazione* della legge penale. E questi effetti caratteristici sono essenzialmente due cioè: *a*) *la forza obbligatoria* e *b*) *la forza esecutiva.* Non v'è, quindi che la pronunzia insita nella sentenza *definitiva* del giudice che possa avere virtù giuridica di spiegare effetti *obbligatori* ed *esecutivi* cioè che possa rivestire l'*autorità* e la *potenza di esecuzione* che sono propri del *giudicato.*

113. La *forza esecutiva* (*actio judicati*) e la *forza obbligatoria* (*Rechtskraft* secondo i tedeschi) o *autorità* della cosa giudicata (*exceptio rei judicatae*) discendono dunque logicamente da uno stesso concetto: l'essere cioè la *res judicata* quasi una *emanazione* della legge penale in quanto dallo stato latente di mera potenza si traduce

[44]) Una simile idea è stata espressa nel campo, meno proprio, della procedura civile dal KLÖPPEL, *Die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen Civilprozessordnung*, Berlin 1882, pag. 83, il quale dice che prima della pronunzia del giudice il diritto è « solamente latente come mera potenza ».

praticamente in atto. Ma l'autorità della cosa giudicata è inoltre inerente alla stessa natura del *potere giudiziario* e della *funzione giudicante* penale. Una delle caratteristiche essenziali per cui il potere giudiziario sorge e si afferma in antitesi del potere esecutivo è, infatti, questa: che l'azione del potere esecutivo è *sempre sindacabile:* la decisione del potere giudiziario *non è sindacabile mai;* e per ciò l'una induce *responsabilità* nell'agente, l'altra non induce (tranne il caso di *reato*) nessuna *responsabilità* nel magistrato da cui emana[45]). Il *giudice* non sarebbe più *giudice* (*jus-dicens*) e la sua *funzione* non sarebbe più *giudicante* ma *consultiva* se il suo pronunziato definitivo non fosse obbligatorio ed irretrattabile; mentre appunto dall'autorità della cosa giudicata il potere giudiziario attinge una differenza essenziale col potere esecutivo ed amministrativo[46]). E la ragione della differenza non potrebbe essere più evidente. Gli atti del potere esecutivo sono e debbono essere ispirati a criteri mutevoli ed elastici: criteri di convenienza e di opportunità relativi al tempo, al luogo ed alle persone; e come essi non hanno nulla di assoluto e di certo, di obiettivo e di costante, così debbono potersi in base agli stessi criterî mutare e revocare ed altro non debbono avere se non una efficacia provvisoria, temporanea e passeggera. Le decisioni del potere giudiziario, invece, sono e debbono essere ispirate a criteri assoluti, certi e invariabili di verità e di giustizia;

---

[45]) Cfr. ORLANDO, *Principî di diritto costituzionale*, n. 337, pag. 210; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino 1892, IV ed., vol. I, pag. 18, n. 3. Vedi anche le belle parole del BORSARI, *Dell' azione penale*, Torino 1866, n. 241, pag. 330.

[46]) Questa osservazione in parte non è sfuggita al COGLIOLO, *Cosa giudicata*, pag. 5, § 5. *Contra* però SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. SCIALOJA, vol. VI, § 280, pag. 284-285.

e come esse debbono interpretare ed applicare il diritto che è qualchecosa di assoluto e di obiettivo, di unico e di costante quanto la verità cui si applica e la ragione da cui proviene; come la stessa opera di interpretazione ed applicazione del diritto è regolata dalle norme fisse ed assolute della logica giudiziaria [47]), così debbono, queste decisioni, rimaner ferme, immutabili ed inviolabili, come la stessa verità, la stessa ragione, la stessa giustizia.

Concludendo, e volendo riassumere, l'autorità della cosa giudicata, cioè la sua forza di irretrattabilità, riesce logica e logicamente derivata sotto qualunque punto di vista la si consideri. *Storicamente e filosoficamente* essa è l'antica forza creativa del diritto che si sprigionava dalla sentenza del giudice e formava la consuetudine come *series rerum judicatarum*. Di fronte ai *principi del diritto pubblico moderno* essa si rappresenta come naturale derivazione della forza obbligatoria della legge penale, e quasi emanazione dell'autorità della legge: essa segna il *momento di attuazione* della legge penale; e quindi nel suo ultimo e peculiare concetto altro non è se non la voce e la volontà dello Stato al riguardo dei colpevoli di reati, prima scritta dal legislatore nella lettera fredda e muta della legge, ma che in seguito, per bocca del giudice, si fa viva, parlante, manifesta e vien su dalla sentenza definitiva, maestosa e solenne come la stessa volontà che rappresenta. Come diritto parlato, come parola della legge, essa ha appunto quell'autorità o quella forza che alla legge appartiene. L'autorità della cosa giudicata è poi

---

[47]) Anche il Lucchini, *Della dignità politica del diritto penale*. Prolusione letta il 7 maggio 1878 nella R. Università di Siena. Siena 1878, pag. 21, dice: « L'opera che si richiede per applicare la legge è regolata da norme assolute ed invariabili. Fissa e costante è la logica giudiziaria onde pervenire ai pronunziati della giustizia ».

anche un concetto logicamente deducibile dal concetto dell'ufficio del giudice; giacchè il *potere giudiziario* in tanto appunto è un *potere* o, se diversamente voglia dirsi, una *autorità* in quanto l'atto con cui esso esplica la *facultas jus dicendi,* la funzione cioè giudicante, è un atto di autorità che obbliga giuridicamente all'osservanza di ciò che in esso si contiene e proclama.

119. — Questo concetto dell'autorità della cosa giudicata come logica e diretta derivazione dell'autorità della legge e del giudice, sebbene possa riscontrarsi vero anche nel processo civile, è tuttavia al penale più proprio che al civile; poichè in quello la cosa giudicata ha una autorità *assoluta,* in questo soltanto *relativa.* E il perchè della differenza si capisce facilmente. Nel processo penale la tesi di cui si discute è la colpabilità dell'individuo imputato di un reato: gli interessi processuali che si contrastano il campo sono interessi di indole eminentemente sociale e pubblici i diritti che vi corrispondono tanto da potersi dire che, nel procedimento penale, non si agiti soltanto la causa di questo o quell'individuo, ma la causa di ogni cittadino e della società tutta intera. Il giudicato quindi col quale si definisce il processo *facit ius erga omnes;* ha, ed è giusto che abbia, una autorità assoluta in relazione appunto alla natura assoluta ed alla importanza universale della questione decisa. Nel processo civile, invece, i diritti di cui si contesta l'esistenza e l'applicabilità sono diritti *relativi,* di indole e di interesse *privato* e dipendenti da *vincula juris* che sussistono fra determinate persone: il giudicato, quindi, che pone termine alla controversia di ordine privato *facit ius modo inter partes,* non ha e non può avere efficacia che tra coloro che l'hanno provocato; deve cioè avere una efficacia *relativa* quanto *relativa* è la natura e *privata* l'importanza della controversia

risoluta [48]). — Ma se il concepire l'autorità del giudicato come una emanazione dell'autorità della legge è più proprio al penale che al civile, non deve con ciò intendersi escluso che tale concezione non sia esatta anche per la materia civile. Certo, la forza obbligatoria della legge è in generale *assoluta* e come tale l'autorità della cosa giudicata penale che vale *erga omnes* meglio le assomiglia che non l'autorità della cosa giudicata civile che è ristretta alle parti in causa. Tuttavia la diversità di misura e di estensione nella forza obbligatoria della cosa giudicata, secondo che si tratti di materia penale o civile, risponde ad una diversità nella misura ed estensione della forza obbligatoria della legge medesima di cui la *res judicata* è l'attuazione; è, come tale, mentre dimostra applicabile anche al processo civile il concetto della autorità della cosa giudicata come derivazione dell'autorità della legge, conferma di questo concetto la verità e l'esattezza. E infatti, anche la legge ha una efficacia diversa secondo l'oggetto a cui si riferisce poichè mentre le leggi *imperative* e *proibitive*, quale è appunto la legge penale, hanno una autorità *assoluta*, *erga omnes (jus publicum privatorum pactis mutari non potest)* [49]), le leggi *permissive*, che si riferiscono *ad utilitatem singulorum*, hanno invece una autorità *relativa:* relativa a coloro i quali le invocarono e le presero a norma dei loro atti giuridici. — La cosa giudicata penale vale dunque *erga omnes* cioè non solo essa fa *legge* fra le parti che intervennero in causa, ma altresì verso tutti coloro che in giudizio non intervennero. Ho detto: non intervennero, ma mi affretto subito a correggermi,

[48]) Una eccezione è giustamente fatta da alcuni per le « *questioni di stato* » per la natura e l'interesse veramente pubblico della questione decisa. Cfr. COVIELLO, *De' giudicati di stato* nell'*Archivio Giuridico*, vol. XLVII, pag. 72.

[49]) Cfr. art. 12 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile.

soggiungendo che la società tutta intera nel suo duplice interesse della repressione, da un lato, e della libertà ed innocenza dall'altro si considera come *rappresentata in giudizio* dalle parti in causa, l'accusatore cioè e il difensore. In sostanza, quindi, neppure può dirsi inesatto in penale ciò che si dice dei giudizi civili cioè che la *res judicata* è legge solo *inter partes;* perchè sotto le spoglie dell'accusa e della difesa sta rappresentato il popolo tutto intero.

Tuttavia, anche in penale il concetto che la cosa giudicata *facit ius* ed ha la forza obbligatoria della legge va inteso con una certa discrezione. La forza obbligatoria della cosa giudicata non si esplica se non *di fronte al punto deciso:* la cosa giudicata è dunque bensì una *legge*, ma soltanto una *legge della specie* e solo come tale essa si impone a tutti come precetto giuridicamente obbligatorio. Questo principio fondamentale, già accolto dai giureconsulti romani, fu conservato dal nostro diritto pubblico allo scopo di rimuovere il pericolo che il giudice sostituisca nelle sue decisioni ai principî ed ai criteri del legislatore i principî e i criteri suoi proprî.

L'art. 73 dello *Statuto* stabilisce infatti: « L'interpretazione delle leggi *in modo per tutti obbligatorio* spetta esclusivamente al potere legislativo »: quanto dire che la forza obbligatoria della cosa giudicata non va al di là del caso e della questione particolare decisa [50]). Ed è naturale perchè la forza obbligatoria della cosa giudicata non può avere una estensione maggiore della cosa giudicata essa stessa [51]).

---

[50]) Cfr. Mattirolo, *Trattato di diritto giudiz.*, n. 108, pag. 100-101.

[51]) Quanto, in fatto e in diritto, si estenda la cosa giudicata (e per conseguenza la sua autorità) è cosa che diremo in seguito. Vedi su ciò intanto: Glaser, *Das Verhältniss des Urtheils zur Strafklage* nel *Gerichtssaal*, XXXVI, 92 Stuttgart 1884.

120. — Ma come si esplica rispetto alle parti ed al giudice la forza obbligatoria della cosa giudicata? quale è, nel secondo processo, la condizione giuridica delle parti e del giudice di fronte alla cosa giudicata nel precedente procedimento?

a) *Le parti.* — E vediamo anzitutto quale sia la condizione giuridica delle *parti* cioè dell'accusa e della difesa. — Principio generale in proposito è questo: dopo che il giudicato fu reso le parti sono ad esso legate in modo da non poterlo in niuna guisa *impugnare:* principio vero anche *de jure condito* poichè i vari mezzi di impugnazione delle sentenze non soccorrono che prima della formazione del giudicato irrevocabile, mirano anzi a questa formazione. Il giudicato è la legge della specie: esso ha entro certi limiti la forza della legge e deve al par di essa rimanere immutabile ed inviolabile, senza di che non vi sarebbe più nè giudicato nè legge. Potrà esso, per avventura, sembrare iniquo alle parti: che importa? Tutto ciò che *res judicata habet iniqui utilitate publica rependitur* [52]); e d'altronde di esso può dirsi ciò che della legge si dice: *ita lex est, stat pro ratione voluntas.* Questa è dunque la regola: si tratti di condanna come di proscioglimento la cosa giudicata sta quale si trova nella sentenza del giudice che la creò: l'azione penale è esaurita: non v'è forza, neppure di legge, che possa ridarle quella vita che ha cessato di essere. Vi è stata assoluzione? Non si può chiedere dall'accusa che l'individuo assoluto sia condannato. Vi è stato condanna? Non si può chieder da essa una nuova condanna, o una condanna a pena più grave [53]) o

---

[52]) Tacito, ann. XIV, 44; Nicolini, *Procedura penale,* vol. III, p. I, n. 174.

[53]) Merlin, *Répertoire,* v. *non bis in idem,* n. 10; Légraverend, *Traité de la legislation criminelle,* Bruxelles 1839, II, 404; Carnot, *Commentaire sur le Code pénal,* Bruxelles 1835, sur l'art. 56, n. 15;

una condanna ad altra pena la cui applicazione fu omessa [53]). Nè, d'altronde, dopo una sentenza di condanna, può la difesa domandare una mitigazione della pena pronunciata [54]) o pretendere l'assoluzione del condannato. Come si vede la forza obbligatoria della *res judicata* sta per e contro l'individuo imputato: espressamente menzionato dalla legge è l'effetto favorevole [55]): la procedura di revisione implica l'altro e tacitamente lo sottintende [56]). Il mezzo con cui la forza del giudicato si invoca a suo favore dalla difesa nel secondo processo è *l'exceptio rei iudicatae: eccezione perentoria* o, come dicono i francesi, *fin de non recevoir* che non scaturisce già — come essi vogliono — da una *presunzione assoluta* di legge, ma deriva dal fatto che la cosa giudicata indipendentemente da una presunzione in base alla quale la legge neghi l'azione in giudizio [57]) è naturalmente e giuridicamente una causa di estinzione dell'azione e, come tale, *l'exceptio* in parola, sebbene con diverso nome, è propria e comune ad ogni causa estintiva

---

Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelles 1865, vol. I, n. 1265; Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, Bruxelles 1839, n. 371; Trebutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, 1878-1883, t. II, pag. 651; Garraud, *Précis de droit criminel*, Paris 1892, n. 1357.

53) Cfr. Hélie, *Traité*, I, n. 1265; Mangin, *Traité*, n. 371; Trebutien, *Cours de dr. crim.*, II, pag. 652; Lacoste, *De la chose jugée*, Paris 1894, n. 1041; Baraveau, *Influence de la chose jugée sur l'action publique*, Paris 1898, pag. 119. Questi autori riferiscono la specie di un giudice che dimenticò di aggravare la pena in caso di recidiva, nel qual caso fu deciso che non si potesse riparare alla sua dimenticanza (Arr. Cass. 18 floréal an VII, et fruct. an XIII) *Sirey* e *Journ. du Palais* chr.).

54) Lacoste, *De la chose jugée*, n. 1042.

55) Arg. art. 518, 540, 266, 445 cod. proc. pen.

56) Arg. art. 688-694 cod. proc. pen. Cfr. Laborde, *Cours de droit criminel*, 2.ª ed., Paris 1898, n. 1244.

57) Cfr. art. 1353 Cod. Civile.

dell'azione penale. — Quanto al caso del condannato il quale pretenda di ottenere un nuovo giudizio di assoluzione, il diritto di mettere in moto il processo spettando pieno ed intero all'accusatore è la facoltà stessa discrezionale che egli ha di esercitare o meno l'azione penale che gli serve come mezzo giuridico per escludere, dopo un giudicato di condanna una nuova istanza ed un nuovo giudizio *de eadem re*. La cosa giudicata perciò non può opporsi altrimenti che come *eccezione* [59]).

121. — Ma qui si domanda: l'eccezione di cosa giudicata è di ordine pubblico? Può essere oggetto della convenzione delle parti? Deve il magistrato rilevarla di ufficio? Lasciamo per ora da parte la risposta a quest' ultimo quesito la cui risoluzione dipende da quella dei due precedenti; e cerchiamo di rispondere a questi. — Base dell'istituto della cosa giudicata è — lo vedremo meglio a suo tempo — l'interesse sociale: di qui il corollario logico e immediatamente deducibile che la eccezione di cosa giudicata è materia di *ordine pubblico* [60]): essa non può, quindi,

[59]) Diversamente la pensa il Nicolini, *Procedura penale*, parte I, vol. III, n. 976. Dice egli: « Ma se alcuno vi vuol togliere da quel lungo possesso che ha il tempo e le condizioni per cui dalla legge esso è convertito in dominio, voi gli potete opporre l'*eccezione* della *prescrizione*; e se siete costretto voi ad agire per ricuperarlo la prescrizione diventa il titolo della vostra azione. Così la *cosa giudicata* è un titolo per *agire* ed è un titolo per *escludere* l'altrui nuova azione ». Ma neppure l'esempio, attinto alla materia civile, calza a proposito, perchè quando si agisce per ricuperare il possesso che la prescrizione ha convertito in dominio il titolo dell'azione non è la prescrizione ma la proprietà di cui la prescrizione è il *modus adquirendi*; e l'azione non è azione di prescrizione ma vera e propria *rei vindicatio*. Una azione di cosa giudicata non è concepibile.

[60]) Cfr. Cass. franc. 3 mai 1860, Paris, Sirey, 1861, I, 923; 14 mai 1880, *Contributions indirectes*, *Journ. du Palais* 1880, 1189; Mangin, *Traité*, n. 372; Lacoste, *Chose jugée*, n. 1047; Laurens, *De l'aut. de la chose jugée*, pag. 177.

patire limiti al suo esercizio e non può essere oggetto di *abbandono espresso e formale.* E neppure può essere oggetto di una rinunzia *tacita* sia questa risultante da circostanze inconciliabili con la volontà di farla valere, sia pure semplicemente una rinunzia presuntiva. Lo impedisce il principio « *nemo auditur perire volens* » [61]) che non è solo principio di umanità, ma altresì di ragione giuridica, essendo non minore, anzi maggiore, dell' interesse repressivo l' interesse della società alla tutela dell' innocenza e della libertà civile. Da questi principî si evince poi un' altra conseguenza e cioè che la *exceptio rei judicatae* deve potersi proporre in qualsiasi *stato e grado della causa.* Ma potrà essa dedursi per la prima volta in Cassazione? [62]). Evidentemente si [63]). E infatti *l' exceptio rei judicatae* appunto perchè estingue l' azione penale, fa venir meno il titolo del procedere onde a qualsiasi punto il procedimento si trovi, ed anche in sede di Cassazione, deve poter essere troncato in modo che non giunga alla fine; altrimenti si incorrerebbe in quell' effetto che si vuol evitare cioè il *judicium bis de eadem re.* Vero è che spetta alla parte il far valere a suo tempo i suoi mezzi di difesa dinanzi al magistrato che esamina il merito della controversia, ma è vero altresì, e bisogna tener presente, che il

---

61) Cfr. MERLIN, *Répertoire de jurisprudence* voce *Chose jugée*, § 20, n. 2.

62) La violazione di cosa giudicata è evidentemente motivo di Cassazione. Vedi più oltre n. 124 *in fine*.

63) Cass. fr. 6 juillet 1861, *Bull. Cass. Crim.*, n. 145; VILLEY, *Précis d' un cours de droit criminel*, 1877, pag. 444; GARRAUD, *Précis de droit criminel*, n. 1360; LACOSTE, *Chose jugée*, n. 1047; MANGIN, *Traité*, n. 372; HÉLIE, *Traité*, I, n. 1266; LESELLIER, *Traité de l' exercice et de l' extinction des actions publique et privée*, n. 681; LABORDE, *Cours de droit criminel*, n. 1244; LAURENS, *Chose jugée*, pag. 177; BARAVEAU, *Chose jugée*, pag. 120.

magitrato stesso non solo è in obbligo di prendere in esame e decidere le eccezioni defensionali, ma è altresì tenuto, come appresso vedremo, ad elevarle di ufficio, senza assoluto bisogno che l'imputato o la difesa richiamino su di esse la sua attenzione. Nè si dica che, ammettendo questa opinione, si viene a trasformare la Corte Suprema in un giudice di merito — il che manifestamente ripugna alla sua natura — per ciò che il decidere se abbia luogo l'eccezione di cosa giudicata coinvolge delicate indagini sulla sentenza che si produce per vedere quale ne sia il senso e la estensione; e tale esame di atti non è proprio del giudice di puro diritto. Già non è sempre vero che il tenore della sentenza abbia una portata dubbiosa che implichi la necessità di una determinazione preliminare del suo significato; e in questo caso nessun possibile ostacolo si presenterebbe alla decisione da parte della Corte di Cassazione. Ma anche nel caso che una tale indagine sia necessaria tutto ciò che si può pretendere è che la Corte si arresti dinanzi all'esame puramente di fatto e promuova un nuovo giudizio, ma non si può pretendere che non possa essere annullata e debba passare in giudicato una sentenza che statuendo su di una questione già risoluta, contravvenga apertamente al divieto legislativo del *bis in idem.* L'eccezione di cosa giudicata può dunque essere proposta per la prima volta in Cassazione e rientra nella competenza della Corte Suprema il dichiarare estinta l'azione penale per via del giudicato, troncando il corso del procedimento. Essa può quindi giudicare in linea di diritto se concorrono i requisiti di ammissibilità dell'*exceptio* e solo dovrà arrestarsi dinanzi a ciò che è puro apprezzamento dei fatti della causa e che è perciò esclusivamente riservato al giudice di merito.

122. — In qual modo, nel posteriore procedimento, si deve provare la cosa giudicata? Abbiamo visto che, nel

diritto inglese, l'accusato per stabilire l'assoluzione deve produrre un certificato rilasciatogli dall'ufficiale dei *records* presso la Corte dove ebbe luogo il giudizio [64]). E anche da noi si deve ritenere che la cosa giudicata non possa provarsi, se non mediante la produzione della sentenza da cui la parte intende derivare l'*exceptio;* ogni altro mezzo di prova sarebbe inidoneo allo scopo.

Come abbiamo accennato, la cosa giudicata spiega anche *forza esecutiva* e la sentenza *condannatoria* definitiva fa nascere contro il delinquente una nuova azione che è l'*actio judicati* la quale mette in moto un nuovo procedimento; il procedimento di esecuzione.

123. — *b*) *Il giudice.* — Dopo le parti, il giudice. Anche rispetto al giudice la cosa giudicata, una volta resa, deve rimanere tale quale è; nè gli è lecito mutarla o correggerla. E in ciò sta proprio la *irretrattabilità* o *irrevocabilità* della cosa giudicata la quale altro non è se non la forza obbligatoria di questa in quanto si impone al giudice e gli proibisce di ritornare su ciò che formò obietto della pronunzia definitiva. Il giudice è il sacerdote della legge; la sua volontà è la volontà della legge di cui deve seguire strettamente i precetti; alla legge attuata mercè la pronunzia definitiva egli è dunque legato quanto e più delle parti medesime. E vi è legato non solo il giudice che ha resa la sentenza il quale, di fronte ad essa, cessa di essere giudice appunto perchè ha esaurita in essa la sua giurisdizione [65]); ma altresì, a parte i vari mezzi di ricorso organizzati dalla legge, il giudice superiore o semplicemente diverso da quello che ha reso il giudicato. Di fronte alla cosa giudicata vien dunque meno la *facultas jus dicendi;* e ciò è vero per le cause penali come per

---

[64]) Cfr. n. 93 del presente *Trattato*.

[65]) Cfr. l. 55 Dig. *de re judicata*, XLII, 1 e n. 23.

le civili. Tuttavia il giudice penale ha doveri più ampî che non il giudice civile. Nel processo civile non vi sono che le parti che possano far valere i loro mezzi di difesa e il loro personale ed esclusivo interesse affida che essi avranno cura di ricercarli ed opporli; ma se essi trascurano di valersene si presume che vi abbiano spontaneamente rinunziato e come a questa rinunzia nessun pubblico interesse è legato così il giudice civile non è chiamato a sostituirsi alle parti nell'esercizio dei loro mezzi difensivi. Diversa è la cosa nel processo penale. Già abbiamo detto che l'imputato e per esso la difesa non può nè espressamente nè tacitamente abbandonare l'esercizio dell'*exceptio rei judicatae;* che questo esercizio costituisce per lei un diritto ed un dovere ad un tempo incarnandosi nel difensore non solo l'interesse individuale dell'imputato, ma il generale interesse della società alla preservazione dell'innocenza e della libertà civile. Ne consegue, dunque, che in caso di trascuranza o di abbandono della difesa il giudice deve ad essa sostituirsi; deve sostare dinanzi alla cosa giudicata ed elevarne *ex officio* l'eccezione perentoria[66]). E poichè questa eccezione ha per iscopo di respingere l'azione come non ricevibile (i francesi la chiamano perciò *fin de non recevoir*) così ne risulta una *questione pregiudiziale*[67]) che tocca al giudice di esaminare e risolvere separatamente ed avanti ogni esame e decisione sulla forma e sul merito della causa, qualunque sia la realtà del fatto e della responsabilità conseguente. E infatti secondo che risulti che vi fu o non cosa giudicata l'azione penale è o non è estinta

---

[66]) Cfr. gli autori citati a nota 57 e inoltre: Cass. fr. 21, sept. 1855, *Bull. Cass. Crim.*, n. 329; cfr. pure LESELLIER, *Traité de l'exercice et de l'extinction* ecc., n. 681 e autori *ivi* citati.

[67]) Cfr. HÉLIE, *Traité*, I, n. 1267; LE SELLYER, *Traité*, n. 682 e autori *ivi* citati; MANGIN, *Traité*, n. 373; BARAVEAU, *Chose jugée*, pag. 120.

e deve rispettivamente troncarsi o proseguirsi il corso del procedimento.

Ma la questione di *cosa giudicata* deve risolversi prima o dopo la questione di *competenza?* È certo che tanto l'*exceptio rei judicatae* quanto l'*eccezione di incompetenza* possono opporsi o dichiararsi di ufficio in ogni stato e grado della causa; quindi la risoluzione dell'una non pregiudica la risoluzione dell'altra. Tuttavia ove siano contemporaneamente sollevate la questione di competenza dovrebbe essere decisa prima di quella concernente la *res judicata* [68]). Il pronunziare sulla cosa giudicata presuppone in certo modo la *competenza* del giudice essendo sottinteso che questi debba e possa perciò scendere all'esame del fatto nel caso che della cosa giudicata non risulti l'esistenza.

124. — Tutto ciò che abbiamo detto concerne l'*applicazione giudiziale* della cosa giudicata. Ma come l'applicazione della legge, così quella della *res judicata* è necessariamente preceduta dalla sua *interpretazione* per opera del giudice stesso che è chiamato ad applicarla. L'autorità o forza obbligatoria della cosa giudicata suppone — come vedremo — un *giudicato* da cui nasce ed un *obietto* a cui si riferisce, cioè una *decisione* ed un *punto deciso* al di là del quale non è possibile che si estenda. Ma determinare se una decisione esiste e se essa ha i caratteri del *giudicato;* ricercare e conoscere il *quid decisum,* il contenuto del giudicato, non è, anche per le complicate vicende processuali, cosa sempre agevole e piana nè si ri-

---

[68]) Cfr. Le Sellyer, *Traité,* n. 683; Griolet, *De l'autorité de la chose jugée, Révue Pratique,* vol. XXIII, pag. 320; Saluto, *Commenti al Codice di proc. pen.,* vol. I, pag. 176; Borsani e Casorati, *Codice di procedura penale italiano commentato,* vol. I, § 316; Benevolo, *Note alla versione italiana del Traité* di Le Sellyer, Roma 1889, vol. II, n. 683 nota 6 e giurisprudenza italiana *ivi* citata.

vela *prima facie* nell'ordinario dei casi. Occorre, quindi, perchè si possa far luogo all'applicazione della cosa giudicata con la conseguente ammissione o il conseguente rigetto dell'azione penale, una preliminare indagine diretta ad accertare: 1) la preesistenza di una decisione che abbia virtù di esaurire l'azione penale (*giudicato*); 2) l'estensione e comprensione di essa cioè la sua formula il suo contenuto e i limiti di esso (*res judicata*).

In questa indagine, sommamente interessante e difficile, sta l'*interpretazione* della cosa giudicata sulla cui importanza sarebbe inutile insistere dal momento che gran parte del presente trattato è appunto inteso a dare le norme interpretative della *res judicata* nei giudizi penali. Solo sono qui opportune alcune considerazioni di ordine generale. Anzitutto occorre dire che scopo dell'interpretazione della cosa giudicata non è già quello di indagare la bontà e la giustizia del giudicato medesimo, ma quello di stabilire se un giudicato vi fu e su che cosa fu giudicato; non già, quindi, *si bene sit judicatum*, ma unicamente: *an judicatum sit*, perchè « *etsi per injuriam judicatum sit non amplius de hoc quaeratur sed an sit judicatum* [69]). È un esame estrinseco, di forma; non un esame intrinseco, di merito. L'esame intrinseco sulla bontà e giustizia del giudicato non solo è inutile, ma è dannoso, non solo non è richiesto, ma è vietato; sta qui anzi appunto il divieto del *bis in idem* il quale non ha da intendersi solo come *bis de eadem re ne sit actio* bensì anche come *bis de eadem re ne sit judicium*. L'interpretazione della cosa giudicata è la dichiarazione del diritto che si deve ritenere applicato col giudicato; mira a stabilire il senso e la portata, eventualmente dubbia o controversa, della decisione; e

---

[69]) Cfr. Cujacio, Ad l. 2, § 4 *Dig.*, *de liberis exibendis*, XLVIII, 30. Cfr. pure Nicolini, *Procedura penale* vol. III, p. I, n. 176.

questo è tutt'altro che disconoscere l'autorità della cosa giudicata; è mezzo di riconoscerla e di farla valere[70]). E questa interpretazione non si limita a ricercare e fissare il significato grammaticale e letterale del dettato giudiziale, ma determina, col sussidio della critica, la sfera di rapporti giuridici che si devon ritenere compresi nel giudicato e si innalza alla dignità di interpretazione logica e razionale di esso. Ma accanto a questo *diritto di interpretazione* della cosa giudicata da parte del giudice stanno, com'è naturale, dei *limiti* e delle *condizioni*. Il giudice non deve, sotto il pretesto di interpretare la cosa giudicata, apportarvi una qualunque modificazione; la condi-

[70]) In questo senso chiaramente la recente giurisprudenza francese che possiamo considerare come avente un valore teorico. Cass. 7 juin 1893, *Reine* c. *Lafontaine* nel *Journal du Palais*, 1895, vol. I, 455. « Il est de l'office du juge devant lequel est invoquée l'autorité de la chose jugée d'appliquer d'après l'ensemble de sa redaction la sentence sur laquelle est basée ce moyen. Ainsi il lui appartient...... de constater le sens et la portée d'un passage de son dispositif en s'aidant des motifs très explicites, ne laissant planer aucune doute sur la pensée de la Cour qui l'a rendue ». Cass. 5 juillet 1898, *Journ. du Palais*, 1899, 136; Cass. 9 janvier 1899, *Commune de Saint Chély d'Aubrac. c. l'Etat*, nel *Journ. du Palais*, 1899, I, 176. « Il appartient au juges du fond de fixer la portée douteuse des décisions antérieures émanées d'eux: ce n'est pas là méconnaître l'autorité de la chose jugée. La Cass. 14 septembre 1893 »; *Champetier* nel *Journ. du Palais*, 1895, I, 297, nel caso di una sentenza che condannava senza altrimenti precisare la data per un delitto « commis depuis moins de trois ans » affermò la facoltà del giudice di « placer la susdite condamnation à un moment quelconque de la période de trois ans visée par la condamnation ». Il potere giudiziale di interpretazione della cosa giudicata è affermato anche nella giurisprudenza italiana, sebbene in giudicati di specie. Cfr. Cass. Firenze 19 Dicembre 1877, *Bassani*, nella *Riv. Pen.* VIII, 242; Cass. Torino 1.° Dicembre 1881, *Dolara* ecc. nella *Giur. Pen. Tor.*, 1882. 33. *Contra* però App. Aix 17 janvier 1894. *Journ. du Palais*, 1895, 2, 167.

zione è di non denaturare il senso della decisione perchè a questo la stessa autorità della cosa giudicata si oppone [71]). Tuttavia l'interpretazione giudiziale della cosa giudicata è un giudizio di fatto ed è perciò apprezzamento incensurabile in Cassazione [72]).

125. — A ciò che siamo venuti dicendo circa i diritti e gli obblighi del giudice di fronte alla cosa giudicata, occorre aggiungere un'altra osservazione. La *res judicata* non essendo più giudicabile è naturale che eserciti una influenza e costituisca un ostacolo nell'orbita delle posteriori decisioni dell'autorità giudiziaria. Questa influenza può arrivare al punto di *escludere* la possibilità di un posteriore giudicato e ciò avviene quando l'oggetto del giudicato si confonde con l'oggetto della azione nuovamente esercitata dopo la sentenza. Ma può anche non importare altro che una *limitazione* nella sfera della posteriore decisione del giudice e ciò avviene quando l'oggetto del giudicato non si identifica con l'oggetto della nuova azione, ma coincide solo parzialmente con esso; e allora tutto ciò che vi è di comune essendo giudicato, sfugge ad una nuova decisione da parte del giudice nuovamente adito [73]). L'obbligo che ha il giudice di rispettare la *res*

---

[71]) Vedi le sentenze precitate che aggiungono quasi tutte la condizione « de ne pas en (de l'arrêt) dénaturer le sens ». « L'autorité de la chose jugée – dice la Cass. 15 déc. 1896, *Journal du Palais*, 1897, I, 184, *Chemin de fer d' Orleans* c. *Saint Martin* — s'oppose a ce que le juge sous prétexte d'interpréter la sentence originaire y apporte une modification ».

[72]) Cfr. la più recente giurisprudenza italiana: Cass. Torino 15 aprile 1882, *Isolabella e Perini* c. *Garibaldi*, *Giur. Tor.* 1882, I, 291 e 11 giugno 1885, *Oberbi*, *Giur. Pen.*, vol. V, pag. 303; *Mon. Trib.*, XXVI, 684; Cass. Roma 5 febbraio 1891; *Manicone*, *Riv. Pen.*, XXXIV, 82, M. 944.

[73]) Troveremo una applicazione di questo principio in materia di *complicità*. Cfr. in seguito.

judicata e di arrestarsi quando in essa si imbatte, *esclude* dunque o anche soltanto *limita* la giurisdizione ed apporta una, e non poco importante, eccezione al principio che il giudice debba, nella sentenza, *consumere actionem*.

Ma quale è la sanzione in caso di violazione della legge da parte del giudice in una controversia relativa ad eccezione di cosa giudicata? È l'annullamento della sentenza che giudica *de re judicata* [74]): già vedemmo che l'eccezione di cosa giudicata si può proporre per la prima volta in Cassazione: a maggior ragione quando *l'exceptio rei judicatae* è stata esaminata dal giudice del merito ed *illegalmente* ammessa o scartata si apre l'adito al ricorso in Cassazione [75]).

126. — Concludendo, e volendo riassumere possiamo dare le seguenti nozioni — e non diciamo definizioni — sull'argomento preso a trattare.

I) *Giudicato* è la pronunzia, il giudizio, la decisione contenuta nella sentenza del giudice mediante la quale questi esplica la sua piena giurisdizione e risolve la controversia giudiziale applicando o facendo adito all'applicazione della legge penale al fatto concreto *(sentenza definitiva)*. Il giudicato perciò può essere una *condanna* o un *proscioglimento (giudicati di condanna — giudicati di proscioglimento)*. Questo concetto nell'ordinamento processuale si estende (come vedremo) ad altre pronunzie giudiziali aventi carattere definitivo di un dato periodo o incidente della causa, e si complica e si combina con quello

[74]) Esplicitamente: Cass. Roma 15 ottobre 1891, *Vignole* c. *Cavalleri*, *Riv. Pen.*, XXXV, 530, M. 672 ed anche ma meno chiaramente Cass. 16 marzo 1898, *Stanganelli*, *Riv. Pen.*, 487, M. 903. Per diritto romano v. *retro* n. 19.

[75]) Cfr. art. 640 n. 3, 641, 642, 645 e 646 c. p. p. Cfr. pure NORMAND, *Traité élementaire de droit criminel*, Paris 1896, n. 1209, pag. 750 e 751.

delle diverse vie di ricorso organizzate dalla legge; onde sorge la teoria della *irrevocabilità* o *passaggio in giudicato* delle decisioni:

II) *Cosa giudicata* è il tema, l'oggetto, la materia del giudicato: essa si estende *almeno* quanto il tema l'oggetto o materia dell'azione penale e dentro certi limiti, che avremo cura di designare, può estendersi anche più in là.

III) *Autorità di cosa giudicata* è la consunzione o consumazione processuale operata dal giudicato: perciò la cosa giudicata (e mal si dice da alcuni la sua autorità) è causa di estinzione dell'azione penale: *naturale* nel senso che ne costituisce il normale e fisiologico sviluppo processuale e *necessaria* perchè, con l'abolizione del « non consta » ogni accusa portata a giudizio deve indeclinabilmente approdare ad una soluzione definitiva. L'autorità della cosa giudicata, cioè, la sua potenza estintiva si estende quanto la cosa giudicata essa medesima e costituisce una emanazione dell'autorità dalla legge penale di cui il giudicato è l'*attuazione* sostanzialmente *vera* e *giusta* e formalmente *legale*. Meglio si dice autorità della *cosa giudicata*, che non del *giudicato* perchè essa è propria dell'oggetto e di tutto l'oggetto della decisione.

IV) *Exceptio rei judicatae* (eccezione di cosa giudicata): è il mezzo giuridico, l'organo e l'ostacolo processuale con cui nel secondo processo l'imputato o la difesa respinge l'azione *bis de eadem re* e fa valere la consumazione processuale operata dal giudicato. Opposta, essa ha il significato: l'azione penale è esaurita nel giudicato: non si può più riproporla. È eccezione *perentoria* che può essere opposta in qualunque fase e grado del giudizio, ed anche in Cassazione; può essere sollevata di ufficio dal giudice perchè d'ordine pubblico e determina una *questione pregiudiziale* che deve esaminarsi e risol-

versi dal giudice avanti ogni esame del fatto e che tronca, ove sia ammessa, il corso del procedimento, facendo venir meno la giurisdizione del giudice e provocando una dichiarazione di non farsi luogo a procedere.

V) *Actio judicati* è il mezzo posto a difesa del diritto spettante all'autorità ed alle parti di far eseguire il giudicato. Il giudicato come costituisce il *punto d'arrivo* dell'azione e del procedimento *giudiziario* penale così costituisce il *punto di partenza* dell'azione e del procedimento *esecutivo* penale. A differenza della *exceptio rei judicatae*, l'*actio judicati*, come risulta dalla espressione medesima romana, riguarda più la decisione che non il contenuto della decisione, perchè ciò cui si rannodano gli effetti esecutivi, è, più propriamente, la pronunzia medesima, l'*absolvo vel condemno*. Inoltre mentre l'autorità della cosa giudicata ha lo stesso valore così pel giudicato *assolutorio* che per il *condannatorio*, anzi, come *exceptio rei judicatae* costituisce principalmente una difesa dei giudicati di *proscioglimento*, l'*actio judicati* invece riguarda più specialmente i giudicati di *condanna*.

127. — L'*actio judicati*, come l'azione giudiziaria penale, ha sue proprie vicende: sorge come *forza esecutiva* del giudicato giuridicamente eseguibile: vive e può andar soggetta a cause che ne sospendono la vita; muore per opera di cause estintive delle quali molte ha comuni con l'azione giudiziaria penale. Lo studio dell'*actio judicati* e della esecuzione dei giudicati esorbita dai limiti del nostro tema [76]); e quindi non possiamo occuparcene. Occorre solo, a questo proposito, notare la confusione in

[76]) Con grande lucidità di concezione il LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, n' 373-432, ha costruito la teoria giuridica della esecuzione nel campo della procedura penale, teoria che vagava finora, può dirsi, nella incertezza e nella ambiguità. Prendendo come punto di partenza questa costruzione scientifica, io non mi occuperò di tutto

cui caddero quei molti fra scrittori e legislatori [77]) che credettero di consacrare l'autorità della cosa giudicata affermando il principio, comunemente poi ripetuto, che « *la pena estingue il malefizio* ». Questo principio benchè sia anch'esso una applicazione del *non bis in idem*, l'idea di giustizia non ammettendo che un reato sia punito due volte, tuttavia nulla ha che vedere con l'autorità della cosa giudicata. E, infatti, dire che la pena estingue il reato e la conseguente responsabilità penale, val quanto dire che il compimento o l'esecuzione effettiva della condanna estingue il diritto di eseguire la condanna medesima cioè l'*actio judicati;* ma è dire cosa ben diversa dall'altra: che il giudicato di condanna estingue l'azione penale. E si badi. Perchè l'azione penale possa ritenersi estinta nella condanna passata in giudicato non si richiede mica che se ne sia compiuta l'esecuzione e sia stata scontata la pena inflitta nella sentenza di condanna: tutt'altro: l'azione è già estinta col semplice fatto che il giudicato condannatorio sia intervenuto e già sorge, con questo, *l'exceptio rei judicatae*, organo della consumazione; e ciò quando anche la esecuzione della condanna non siasi effettuata o sia resa impossibile come per grazia, o per pre-

ciò che ha puro riguardo con l'*eseguibilità* e non con l'*autorità* della cosa giudicata. Così, a suo tempo, distingueremo le *cause di estinzione* del diritto di esecuzione da quelle che alcuni autori vogliono far passare come deroghe od eccezioni alla autorità della cosa giudicata; ad esempio la prescrizione della condanna, la grazia e l'indulto ecc.

[77]) *Codice penale austriaco* del 1803 parte I, § 204, parte II § 272. *Codice penale austriaco* del 1852 parte I, § 225, parte II, § 528; *Legislazione criminale toscana* del 30 novembre 1786, § LVII; *Codice di procedura penale del Regno italico* art. 6; *Codice penale Sardo* art. 131, n. 2; *Codice penale della Repubblica del Chilì* art. 93, n. 2. *Codice Estense* art. 84, n. 2; *Regolamento Romano* art. 36, § 2; Per il diritto romano. Vedi n. 16, nota 2.

scrizione. In quest' ultimo caso appunto (tanto per dire di uno) si avranno due mezzi per respingere il *bis in idem: l' exceptio rei judicatae* intesa ad escludere l' azione penale estinta, e l' eccezione di prescrizione della condanna intesa ad escludere l' ugualmente estinto diritto di esecuzione penale.

128. — Dall' autorità della cosa giudicata occorre distinguere alcuni istituti che presentano con essa una certa affinità. Anzitutto l' istituto della *litispendenza*. Per la ragione stessa per cui, esaurita definitivamente nella sentenza di condanna o di proscioglimento una controversia, l' autorità della cosa giudicata forma ostacolo assoluto e perpetuo alla rinnovazione della identica lite, deve la legge provvedere a che sulla medesima questione non si svolgano *contemporaneamente* due processi penali. È sempre il divieto del *bis in idem* ma che si esplica prima dell' intervento di una decisione e che mira anzi ad impedire *preventivamente* la formazione di due sentenze eventualmente contraddittorie sul medesimo punto. La differenza fra l' istituto della *litispendenza* e quello della autorità della cosa giudicata, sta dunque in ciò: che nel primo è l' avvenuto *esercizio* dell' azione penale quello che impedisce il ritentamento della stessa azione pel medesimo fatto; nel secondo è l' avvenuta *estinzione* dell' azione per mezzo del *giudicato;* e si tratta di due processi nell' uno *contemporaneamente* nell' altro *successivamente* messi in moto dalla medesima azione. Caratteristica della autorità della cosa giudicata è pertanto l' esistenza di un *giudicato* che impedisce il rinnovamento dell' azione, del processo e della sentenza; senza perciò escludere che la litispendenza si possa opporre anche quando una decisione sia intervenuta purchè però non abbia ancora acquistato il carattere di giudicato irrevocabile. L' istituto della *litispendenza*, mirando alla formazione di una sola sentenza è un rimedio

preventivo, una preventiva tutela della cosa giudicata che soccorre questa prima ancor del suo nascere, ma quando già per l'avvenuto esercizio dell'azione penale ne cominciò il concepimento e la gestazione processuale. Naturalmente, poi, la *litispendenza* ha caratteri comuni con l'autorità della cosa giudicata. E come la consumazione processuale dell'azione per opera del giudicato si fa valere con un apposito organo processuale che è *l'exceptio rei judicatae* così ad impedire il simultaneo svolgimento di una medesima azione e di un identico processo, sta un apposito ostacolo processuale detto *eccezione di litispendenza*. La quale ha anzi tal grado di rassomiglianza giuridica con *l'exceptio rei judicatae* da non potersi concedere se non nel concorso di alcuni (che noi per distinguere dagli altri diciamo di *diritto materiale*) di quegli estremi o presupposti che costituiscono le condizioni di esistenza e di applicabilità dell'*exceptio rei judicatae*. L'eccezione di litispendenza suppone due tribunali investiti, nello stesso tempo, della stessa azione e produce l'unificazione dei due procedimenti contemporaneamente pendenti allo scopo che si ottenga una unica sentenza [78]).

Un altro istituto che, avuto riguardo al suo scopo presenta una certa affinità con l'autorità della cosa giudicata è il *concorso di competenza*, che si ha quando uno stesso individuo sia imputato di più reati soggetti a diversa competenza *(concorso proprio)* o quando più individui siano imputati di più reati aventi fra loro un vincolo di *connessione (concorso improprio)* [79]). Nell'uno e nell'altro caso si riscontra una *identità parziale*, *subbiettiva*

[78]) Si applicano allora le norme del conflitto (positivo) di giurisdizione degli art. 731 e seg. c. p. p. Sulla litispendenza in materia penale v. NICOLINI, *Procedura penale*, vol. III, parte I, n. 970; LABORDE, *Cours de droit criminel*, Paris 1898, pag. 742 e 745.

[79]) Cfr. LUCCHINI, *Elementi*, n. 185 e 186, art. 19, e seg. c. p. p.

nel primo, *obiettiva* nel secondo fra due cause; e lo scopo è anche qui di evitare il *bis in idem* riunendo tutte le imputazioni in un unico giudizio. Anche qui l'impedimento è tutto *preventivo* e soccorre prima ancora che sia intervenuta la sentenza, mira, anzi, ad impedire la possibilità di più decisioni giudiziarie coesistenti e conflittanti fra di loro quanto ai principi cui sono ispirate.

Possiamo anche accennare alla regola «*electa una via non datur recursus ad alteram*» [80]): la eccezione derivata dalla quale presenta pure una certa parentela concettuale con *l'exceptio rei judicatae* in quanto mira ad impedire l'esercizio o lo svolgimento contemporaneo di due azioni e di due processi l'uno *penale* e l'altro *civile* pel medesimo fatto.

129. — Finora nel cercare delle affinità con l'autorità della cosa giudicata abbiamo guardato soltanto agli istituti *giudiziali* memori del precetto logico che l'affinità non può esistere se non fra le specie del medesimo genere (*iudicium*)

Ma il detrito di una storica confusione [81]) porta ancora taluni a ripetere che la *confessione*, per esempio, e la *remissione della parte lesa* presentano pure, pei loro effetti, una rassomiglianza con l'autorità della cosa giudicata. Concetto improprio ed inesatto. Oggi le massime « *confessus pro judicato habetur* » e « *transactio habet auctoritatem rei judicatae* sono massime vuote di senso. Nessuna affinità logica può esistere fra *confessione e autorità di cosa giudicata* perchè quella essendo una prova e non l'unica nè la principale, è un mezzo per arrivare alla verità espressa nel giudicato: potrà essa per avventura agevolare e magari determinare la sentenza, ma è ugualmente

---

[80]) Art. 6 c. p. p.

[81]) Cfr. *retro* n. 21.

certo che questa deve, ad ogni modo, essere emanata, ed è essa, ed essa soltanto, che estingue l'azione. Nessuna affinità può esistere fra *remissione* e *autorità di cosa giudicata* perchè se la parte lesa ritirando la querela, fa cessare l'azione rientriamo nel campo dell'*extra judicium* nel quale non è lecito trovare l'affinità che si ricerca. Tuttavia la *remissione* della parte lesa presenta con la cosa giudicata questo carattere di affinità che impedisce anch'essa, una volta intervenuta, il riesercizio dell'azione penale. Ma ognun vede come quest'effetto dell'impedire l'*actio bis de eadem re* dipende qui dal fatto che vien meno una condizione di perseguibilità, di esercizio dell'azione, e non dal fatto che l'azione penale si sia esaurita chè, anzi, per essa viene a troncarsi il corso dell'azione medesima. Del resto in senso largo applicazioni del *non bis in idem* si trovano ogni qualvolta si tratta di una causa di estinzione dell'azione penale essendo manifesto che un'azione, comunque estinta, e così per amnistia, prescrizione, ecc. non può più essere riesercitata. In senso più largo ancora questo principio, si trova applicato p. e. in materia di concorso di reati o di pene; ma qui è così evidente la differenza che metterla in rilievo sarebbe opera inutile.

Una maggiore e più speciale affinità può trovarsi fra l'autorità della cosa giudicata e l'istituto della *prescrizione dell'azione penale;* ma questa essendo relativa alla ragion d'essere dei due istituti più opportunamente sarà notata a proposito del fondamento dell'autorità delle cosa giudicata. [82]).

Infine dall'autorità della cosa giudicata occorre distinguere quella che suol dirsi « l'*auctoritas rerum similiter judicatarum* »: autorità questa tutta *morale* e non

[82]) V. in seguito n. 139, nota 36.

giuridica, dottrinale e non *pratica, facoltativa* e non *obbligatoria.*

Capitolo II. — **Il fondamento giuridico e politico della autorità della cosa giudicata penale.**

130. La questione del fondamento dell'autorità della cosa giudicata penale nella dottrina antica e moderna: sua importanza. — **131.** Fondamento giuridico e fondamento politico. *A*) *Il fondamento giuridico.* *a*) Le varie teorie. 1ª) La teoria del *quasi contratto giudiziale.* — **132.** Sua confutazione. — **133.** 2ª) La teoria della *presunzione di verità.* — **134.** Sua confutazione. — **135.** 3ª) Teoria del Carrara. — **136.** Sua confutazione. — **137.** *b*) La nostra teoria. *Fine giuridico* del processo penale e suo esaurimento nel giudicato. — **138.** La *verità* della cosa giudicata come fondamento *giuridico* della sua autorità. — **139.** Conseguente tutela degli interessi processuali, ed armonia col fondamento del diritto penale. — **140.** La necessità sociale dell'autorità della cosa giudicata. — **141.** *B*) *Il fondamento politico.* Necessità che la cosa giudicata segni anche il raggiungimento del *fine politico* del processo penale: la *fede pubblica* come fondamento *politico* dell'autorità della cosa giudicata. — **142.** Come essa riposi sulla *legalità* del giudicato. — **143.** Errore del principio " *res judicata veritati praevalet* ". La verità della cosa giudicata in rapporto all'intero processo penale. — **144.** La questione del doppio grado di giurisdizione e il suo rapporto logico con l'indagine sul fondamento dell'autorità della cosa giudicata. — **145.** Argomenti degli abolizionisti del doppio grado di giurisdizione. — **146-150.** Critiche mosse agli abolizionisti dai fautori dell'appello: e loro confutazione. — **151.** Conclusione.

130. — Fu molto discusso, fra gli antichi scrittori, se l'autorità della cosa giudicata in materia penale avesse o non un fondamento ed una ragion d'essere, alcuni negandolo, altri ammettendolo, ma solo per il caso di sentenza *condannatoria* o solo per il caso di sentenza *assolutoria*, altri infine sostenendo il pieno fondamento di essa tanto in caso di condanna che di assoluzione [1]). Oggi la

[1]) Una, e più antica, eco di questa discussione si trova in Matthaei, *De criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Digesti Commentarium*, Vesal. 1679, lib. 48, tit. 17, cap. I, pag. 729. Più tardi essa fu ripresa. Che non dovesse ammettersi autorità di cosa giudicata in penale, sostenne lo Stübel, *Progr. de opinione vulgari sententias absolutorias in processu inquisitorio simulac cum reo communicatae sint*

giustificazione della autorità della cosa giudicata penale non forma, nè potrebbe formare, oggetto di alcun dubbio: si tratti di condanna come di assoluzione, nessuno impugna oramai più di fronte che l'autorità della cosa giudicata penale abbia un fondamento. Questa non è dunque più una questione. La questione e quindi la divergenza, sta solo nel modo di intendere e di stabilire questo fondamento; non già, quindi, nel determinare *se* un fondamento esista ma *quale* esso sia. Nè pare che sia questione di poca importanza e questa puramente teorica e dottrinale. L'autorità della cosa giudicata costituisce il coronamento di tutto l'edificio processuale; il fondamento di essa è quindi il fondamento stesso di questo edificio: se questo è malfermo o è crollante mal si regge o rovina l'autorità della regiudicata. Non v'è dunque, può dirsi, problema di diritto penale processuale la cui risoluzione sia estra-

in rem judicatam transire, e jurisprudentia criminali eliminanda, Vitemb. 1798, pag. 6. Che dovesse limitarsi alle sentenze condannatorie sostennero il BOEHMER, *Exercitationes ad Pandectas*, tomo VI, Exercitatio 87, *Diss. de sententiis in rem judicatam non transeuntibus*, § 40, e il PÜTTMANN, *Elementa juris criminalis*, § 975; alle sole assolutorie il BAUER, *Ueber die Unanwendbarkeit des Begriffs der Rechtskraft auf strafgerichtliche Erkenntnisse* nelle *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Göttingen 1840-43, t. II, n. 1251, 2. Che infine dovesse riconoscersi autorità di cosa giudicata tanto alle sentenze di condanna che di assoluzione sostennero il KLEINSCHROD, *Ueber die Rechtskraft peinlicher Urtheile* nell'*Archiv (altes) des criminal Rechts*, t. II, lib. III, n. 2; il MEISTERUM, *Principia iuris criminalis*, Gotting. 1828, § 437; il QUISTORPIUM, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, Rostock 1809-1820, t. II, §§ 766 e 775, il GERICKE, *Commentatio de re judicata sententiarum criminalium et de remediis quae contra eas afferre licet*, Gottingae 1803, § 5-7. Più tardi, nelle accademie tedesche, fu ancora negato il fondamento dell'autorità della regiudicata; ma questa opinione fu vigorosamente respinta e confutata presso di noi dal CARRARA, *Della rejudicata in criminale* nel *Giornale delle leggi*, 1878 (IX), n. 8 e 9.

nea all'indagine sul fondamento dell'autorità della cosa giudicata. Noi cercheremo di trattare di tale fondamento tenendoci nei limiti che strettamente ci siamo imposti e al di là dei quali potrebbe facilmente portarci la foga di esaurire un punto così, come questo, multiforme ed insidioso.

131. — L'autorità della cosa giudicata penale ha — secondo noi — un fondamento *giuridico* [2]) ed un fondamento *politico*. Ed anzitutto ha un fondamento giuridico. Varie, e non tutte felici, furono le teorie escogitate per dare una base giuridica all'autorità della cosa giudicata penale; non sarà inutile di passarle brevemente in rassegna prima di venire ad esporre in proposito il nostro pensiero.

a) Una prima teoria — chiamiamola pure così — che può dirsi morta sul nascere è quella del *quasi con-*

[2]) Non mi pare che si debba distinguere nel campo della procedura penale dal fondamento *giuridico* il fondamento *sociale* dell'autorità della cosa giudicata, come si è fatto da alcuni nel campo della procedura civile (cfr. Cogliolo, *Cosa giudicata* nella *Enciclopedia giuridica*, vol. III, parte IV, n. 5). Il fondamento *sociale* dell'istituto della cosa giudicata non può essere se non nei rapporti che legano l'esistenza dell'istituto all'esistenza della società civile: deve cioè essere una *necessità* sociale. Ora, in materia di diritto pubblico, a cui il diritto penale appartiene, tutto ciò che essendo intrinsecamente giusto, è necessario alla vita dello Stato, appunto perchè è necessario, è naturale, è fisiologico e perciò è *giuridico*, almeno secondo la teoria storica dello Stato alla quale ormai quasi tutti aderiscono. L'indagine sul fondamento *sociale* di un istituto è dunque compresa nell'indagine sul suo fondamento *giuridico;* e questo consiste appunto nel determinare se e fino a qual punto l'istituto, astrattamente giustificabile, sia praticamente necessario alla società civile (cfr. n. 139). Nè essa è così semplice come potrebbe a prima vista sembrare perchè una necessità non è tale e non è quindi giuridicamente giustificabile se non possa coordinarsi ed armonizzarsi con altre necessità ugualmente sociali e perciò ugualmente legittime.

tratto giudiziale[3]). In materia civile si concepisce il processo come una specie di contratto fra le parti contendenti (*in iudiciis quasi contrahitur*); ciascuna delle parti dispone liberamente dei suoi diritti; una volta adito il giudice allo scopo di far dichiarare un diritto controverso le parti rinunciano ai rispettivi pretesi diritti e si obbligano in virtù del *contratto giudiziale* (il cui momento di perfezione si ripone nella *contestatio litis*) ad osservare la sentenza del giudice (*obligatio judicatum solvi*). In tal modo il *giudicato*, cioè la pronunzia definitiva ed irrevocabile del giudice, si rappresenta come una *novazione contrattuale* del diritto controverso, il quale si ritiene così *consumato* e trasformato nel diritto che il giudice dichiara nella propria sentenza[4]).

131. — Questa teoria si tentò di trasportare dal campo della procedura civile, dove ancora oggi ha fautori, nel campo della procedura penale; ma il tentativo abortì sul nascere. Ed è naturale. Nel processo penale sono in giuoco la vita, la libertà, l'onore dell'uomo; già può discutersi se l'uomo abbia diritti sulla propria persona, ma ammesso che li abbia, essi, certo, non possono trasferirsi *in aliam*

---

[3]) Le prime traccie si trovano in MATTHAEI, *De criminibus*, l. cit.; più tardi ne parla il CARRARA, *Op. cit.*, pag. 58. Ma non se ne discorre che per confutarla; anzi fu appunto dalla confutazione di questa teoria che si dedusse la negazione del fondamento della regiudicata penale. Così, già ai tempi del MATTHAEI, vi era chi negava l'autorità della cosa giudicata penale pensando « *in criminalibus causis nullam fieri conclusionem qua renuncient allegationibus suis accusator et reus* ». Tali sono le conseguenze di una falsa teorica!

[4]) Cfr. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil*, Zurich 1827; BEKKER, *Die processualische Consumption*, 1854; ENDEMANN, *Das Prinzip der Rechtskraft*, 1870, special. pag. 128; COGLIOLO, *Cosa giudicata*, *Enc. Giur.*, vol. III, parte IV, che vi si pronunzia contrario; ALLARD, *Étude sur la chose jugée*, Paris 1885; THIÉBLIN, *De l'autorité de la chose jugée*, Paris 1866, pag. 6-9.

personam, sono *inalienabili* e perciò non vi si può rinunziare in virtù di un vincolo contrattuale [5]). Ciò ripugna alla coscienza morale; ripugna al senso giuridico; ripugna alla legge medesima che toglie ogni effetto alle obbligazioni fondate sopra una causa illecita [6]). Nel processo penale non v'è poi vera contestazione di lite che fissi in modo irrevocabile i diritti delle parti ed i termini della controversia giudiziale [7]), ma i diritti della cui sussistenza e concreta applicabilità si discute sono sempre unici ed immutabili cioè lo *jus puniendi* dello Stato da un lato e dall'altro il diritto pubblico soggettivo di libertà che spetta ad ogni cittadino; e i termini della controversia giudiziale su cui vien giudicato — purchè l'oggetto dell'azione non venga essenzialmente a mutarsi — sono stabiliti dal giudice penale medesimo il quale se — come il giudice ci-

[5]) Sulla difficile questione della esistenza ed alienabilità dei diritti sulla propria persona v. conformi al testo: BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig 1890, 2.ª Aufl, vol. I, pag. 343, e *Handbuch des Strafrechts*, 1885, vol. I. § 32, pag. 169, § 146, pag. 697 e seg., § 148 e 149; BERNER, *Lerhbuch des deutschen Strafrechts*, trad. BERTOLA, Milano 1892, § 82, pag. 113-114; HAELSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn 1881, I, 468 e seg. In altro senso v. FERRI, *L'omicidio-suicidio*, 2.ª ed., Torino 1884, pag. 17.

[6]) Cfr. art. 1119 e 1122 Cod. Civ. Noto che non è valido argomento di confutazione della teoria del contratto giudiziale e non prova assolutamente nulla quello che trovasi accettato dal CARRARA, *Op. cit.*, pag. 58, per riguardo alle sentenze penali *assolutorie*, cioè che « il diritto a veder punito il colpevole spettando individuo e completo ad ogni singolo cittadino, ripugna che il quasi-contratto di un individuo pregiudichi ai diritti pertinenti agli altri individui che non intervennero a quel contratto ». I singoli cittadini non sono essi complessivamente e universalmente *rappresentati* nel giudizio penale dal pubblico accusatore? La massima « *res inter alios acta tertiis non nocet* » si rivela dunque al caso inapplicabile.

[7]) Vedi su ciò PERRONI-FERRANTI, *La « litis contestatio » e i suoi effetti nel processo penale* nella *Rivista Penale*, XXV, 408-423.

vile — non ha iniziativa, a differenza di lui, una volta investito della causa non è vincolato dall'arbitrio della parte. — Di più che l'imputato, il difensore, l'accusatore e chiunque si voglia debbano rispettare ed obbedire la sentenza del giudice penale è norma per ispiegare la quale non occorre ricorrere alla finzione di un contratto giudiziale dipendente, come ogni altro contratto, dall'accordo di *volontà individuali*, ma è norma dipendente dalla *volontà sociale* che istituisce leggi e giudici che le applichino, cioè, è norma di *diritto pubblico* e non di *diritto privato*.

133. — Ma a parte questa malferma teoria del contratto giudiziale applicato al processo penale, e che si confuta quasi da sè, altre furono messe innanzi dagli autori allo scopo di dare un fondamento *giuridico* all'autorità della regiudicata penale. Anzitutto la dottrina della *presunzione di verità*. Fondata sui testi romani [8]) ed accanitamente ed esageratamente sostenuta dagli interpreti del Medio-Evo [9]) essa venne consacrata dalla legge in materia

[8]) I Romani dissero: *res judicata pro veritate habetur* (l. 25 Dig. I. 5; l. 207 Dig. IV. 17). Ma mi pare che volessero più *constatare un fatto* che non *imporre una norma di legge;* altrimenti non sarebbe stato più esatto di usare in luogo dell'indicativo presente l'imperativo od il soggiuntivo di esortazione? Cfr. *retro* n. 18.

[9]) Questi antichi scrittori concepirono l'autorità della cosa giudicata come qualche cosa che serviva a dare il passaporto agli errori anche più evidenti e smaccati; ed alcuni perfino vi scherzavano sopra con una comicità che in materia penale è un'atroce ironia. Così p. es. il Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, Spec. CCCCLXX, Med. 1 e 2, riassumendo le opinioni degli interpreti: « *Rei judicatae auctoritatem mire extollunt interpretes juris. Aiunt illam pro veritate accipii, ex non ente facere ens, ex albo nigrum,..... ex injusto justum et ex falso verum, aequare quadrata rotundis* ecc. ». E lo Scaccia, *De sententia et rejudicata* dice: « *Res judicata pro veritate habetur et ideo facit ius quod non potest retractari, quia facit de albo nigrum..... et falsum*

civile dove dominò incontrastata fino ai nostri tempi [10]). Trasportata anch'essa nel campo del diritto penale processuale vi fiorì largamente e non v'è quasi scrittore che trattando della cosa giudicata penale non desuma l'autorità di essa dalla presunzione di verità [11]). Secondo tale dottrina il giudicato si *presume* dalla legge contenere la verità obiettiva del fatto e del diritto e tale presunzione è *iuris et de iure* perchè in base ad essa si nega ad una parte l'azione in giudizio e si fornisce all'altra una eccezione perentoria che è appunto l'*exceptio rei judicatae* [12]).

134. — Questa dottrina pur avendo un fondo di vero non ci pare adatta a dare un fondamento giuridico all'autorità della cosa giudicata penale perchè, sotto tale aspetto gravi obiezioni le si possono muovere; e così dal punto di vista scientifico che dal punto di vista del diritto positivo.

in verum quoad iuris effectum licet non essentialiter creat et ideo non est curandum qualiter se veritas habeat ». E seriamente poi sentenziava il COVARRUVIA, *Variarum Resolutiones*, libro I, capo I, n. 4: « *res judicata veritati praevalet* ».

[10]) Cfr. art. 1350 n. 3, Cod. Civile. Inutile è citare tutti gli autori che aderiscono a questa dottrina. Cfr., per tutti, il LAURENT, *Principes de droit civil*, vol. XX, § 90 e seg. Recentemente questo concetto è stato censurato, anche per la materia civile, da parecchi autori. Cfr. COGLIOLO, *Cosa giudicata* nell'*Enc. Giur.*, n. 6-7; COVIELLO, *Dei giudicati di stato* nell'*Arch. Giur.*, XLVII, pag. 31 e 32 dell'Estratto; UNGER, *System des oesterreichischen Privatrechts*, vol. II, § 132; GIORGI, *Teoria delle Obbligazioni*, Firenze 1898, 5.ª ed., vol. I, § 624, pag. 543. Le ragioni che si adducono per confutarlo non si potrebbero identicamente ripetere per la materia penale; ma qui altri e più gravi argomenti inducono a respingerlo.

[11]) Cfr. LAURENS, *De l'aut. de la chose jugée*, pag. 12; BARAVEAU, *De l'influence de la chose jugée*, pag. 2, 3 e 118; LACOSTE, *De la chose jugée*, n. 1-5, 1040 e seg.; NORMAND, *Traité elem. du droit criminel*, Paris 1896, pag. 624, § 909 e 910; LABORDE, *Cours de droit criminel*, Paris 1898, n. 1235, pag. 782.

[12]) Cfr. art. 1353 Cod. Civile.

In linea di diritto positivo può intanto obiettarsi questo; che la legge penale a differenza della civile [13]) non parla della autorità della cosa giudicata come di una *presunzione stabilita dalla legge* e non è lecito elevare una presunzione *iuris* (non *hominis*) là dove la legge non la pone [14]); nè d'altronde si può *estendere* al diritto penale processuale la disposizione del Codice Civile, sia perchè l'interpretazione estensiva per analogia non è ammessa in penale, sia perchè il numero delle presunzioni legali come quelle che sono limitazioni al libero convincimento del giudice deve, in penale, restringersi in luogo di aumentarsi; sia perchè nel Codice civile si parla dell'autorità della cosa giudicata fra le *presunzioni* bensì, ma intese, soltanto, come *prove delle obbligazioni* [15]). Neppure dal punto di vista scientifico la dottrina della presunzione di verità resiste alla critica. La presunzione legale assoluta è specialmente, se non esclusivamente, un concetto di *diritto privato* che, perciò stesso e solo, mal si adatta come fondamento giuridico di un'istituto di *ius publicum* quale è l'autorità della cosa giudicata penale; e, nel diritto privato stesso, essa non è che un mezzo di prova, stabilito dalla legge nell'interesse sociale in soccorso di una o altra delle parti in causa; e che, applicata alla verità della cosa giudicata, potrà dare una spiegazione empirica del modo con cui questa può farsi processualmente valere dalle parti, ma non serve a dare un fondamento giuridico all'autorità della cosa giudicata concepita come istituto di diritto penale processuale. D'altronde questo concetto che, per legittimare l'autorità della cosa giudicata penale, si compiace di coprirla della veste giuridica di una *prova legale*,

---

[13]) Art. 1350 n. 3 del Cod. Civile.

[14]) Art. 1350 *princ.* Cod. Civile.

[15]) Codice Civile, lib. III, tit. IV, capo V, sez. III, § 1.

quale è la presunzione assoluta, stona e riesce inopportuna ed inutile nel campo della procedura penale dove, a differenza che nel processo civile, non ci si accontenta di raggiungere, e si raggiunge infatti, una verità fittizia ed artificiale, ma si tende e si arriva all'accertamento reale del fatto e del diritto; la quale *reale* certezza acquieta mentre la certezza *legale* e *formale* lascia sempre nei cittadini il dubbio e il sospetto dell'errore e dell'ingiustizia camuffate sotto le forme di legge.

Il dire che l'autorità della regiudicata penale si fonda sulla presunzione di verità è poi uno spostare e non risolvere la questione sul fondamento di questa autorità; perchè resta a spiegare su che si fonda questa presunzione e, saputo che si fonda su di una *probabilità di verità*, noi abbiamo bell'e stabilito il fondamento giuridico dell'autorità della cosa giudicata penale senza ricorrere al concetto della *presunzione di legge*. L'autorità della cosa giudicata penale sorge, pertanto, e preesiste alla *presunzione* di verità che ne è la *derivazione* e non il *fondamento*. E, d'altronde, quale è, nel processo penale, la *causa utilitatis*, l'interesse sociale, che induce a convertire in una *presunzione assoluta* di verità la mera e semplice *probabilità* del ben giudicato? Non bisogna dimenticare che la presunzione assoluta pone in essere una *ipotesi*, sia pure logicamente e matematicamente accertata; che essa dà come *regola assoluta e costante* ciò che per se stessa, e senza presunzione, non è che una semplice *probabilità*. Ora l'*ipotesi* può rivelarsi inesatta; può la *probabilità* cedere dinanzi all'*evidenza;* e allora, di fronte all'errore evidente del giudicato, potremo noi dire che la sua autorità debba rimaner salda, quanto salda rimane la presunzione assoluta di verità? Possiamo noi dire, cioè, che vi sia, in penale (delle altre materie non so nè voglio occuparmi) un interesse sociale a mantenere e giuridica-

mente difendere come verità ciò che si sa essere non la verità, ma l'errore? E se no, a che cosa serve il fondare l'autorità della cosa giudicata penale su di una presunzione assoluta di verità, se non a gabellare l'errore per verità agli occhi dei cittadini? E a questo, appunto, conduce la dottrina della presunzione assoluta di verità: per essa l'autorità della cosa giudicata si fonda sopra una presunzione *iuris et de jure;* ma la presunzione *iuris et de iure* non ammette la prova contraria; quindi non si ammette contro il giudicato la prova che esso contiene l'errore. Strana manifestazione della prepotenza della logica che induce a dare l'*errore* come fondamento di quell'autorità che si voleva invece fondare sulla *verità* presunta! [16])

Nè, esclusa la presunzione assoluta, si potrebbe accogliere come fondamento dell'autorità della regiudicata una *praesumptio iuris tantum* di verità. Non si può parlare di presunzione *iuris tantum* là dove la legge come nel caso nega l'azione giudiziaria [17]). Eppoi, fondata l'autorità della cosa giudicata penale sopra una presunzione sem-

[16]) È questa infatti la conseguenza a cui arriva la generalità degli autori, specialmente francesi, che parla della *presunzione di verità* come fondamento dell'autorità della cosa giudicata penale. Essa, infatti, sulle traccie del COVARRUVIA, *Op. cit.*, loc. cit. afferma che « *l'autorité de la chose jugée est souveraine; elle est plus forte que la verité elle même* ». Cfr. HÉLIE, *Traité*, vol. I, n. 1258; LAURENS, *Chose jugée*, pag. 8 e 12; BARAVEAU, *Chose jugée*, pag. 3; TUOZZI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo Codice di Italia*, Napoli 1890, vol. I, pag. 490, il quale sembra però più constatare un fatto (che, deplorevolmente, ha la sua causa nel diritto positivo vigente) che non enunciare una teoria. Recentemente, per quanto incidentalmente, già notava il BRUSA, *Correzione straordinaria di condanne penali nella pubblicazione pel 50° anno di insegnamento di* ENRICO PESSINA, vol. II, Napoli 1899, pag. 517 « Nei giudizî civili non sarà questo un linguaggio propriamente iperbolico ma nei penali è lecito dubitarne ».

[17]) Cfr. art. 1353 Cod. Civile.

plice di verità noi siamo logicamente costretti ad ammettere *come regola*, in giudizio, la prova dell'errore del giudicato, perchè appunto è *praesumptio iuris tantum* quella contro cui la prova del contrario è sempre ammissibile. Eccesso opposto a quello che si voleva evitare; e questo, come ogni altro, vizioso in quanto conduce nel fatto, a disconoscere alla regiudicata ogni, anche minima, autorità. Il concetto della *presunzione legale* di verità non soccorre dunque nella determinazione del fondamento di questa autorità. Peggio ancora poi il concetto della *finzione giuridica di verità* [18]). A differenza della presunzione, anche assoluta, la *fictio iuris* non ha per base un calcolo di probabilità, una ipotesi logica e matematica, ma è esclusivamente determinata da ragioni di convenienza e di opportunità; e oltrechè queste ragioni sarebbero difficili a trovarsi, nel caso in questione, si verrebbe a delineare

[18]) A questo concetto accede per la materia civile il SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, § 280, pag. 285 e 287, il quale suppone che si riconosca con pieno convincimento l'iniquità delle sentenze e su questa ipotizzata perfetta coscienza dell'errore costruisce l'istituto della cosa giudicata. E per la materia civile, passi. Ma è strano che lo stesso sommo CARRARA, che, nell'articolo citato, difende con tanto vigore l'impero della regiudicata penale, altrove. (*Note al Regolamento di Procedura penale per l'impero austro-ungarico* nel *Manuale di Procedura penale del* WEISKE, Firenze 1874, pag. 399) si lasci prendere anche lui a questa pania (sia detto col dovuto rispetto) di concepire l'autorità della cosa giudicata penale come una *finzione giuridica* senza accorgersi su qual terreno crollante si fondi così la forza della regiudicata. Dice egli infatti: « *L'irretrattabilità della cosa giudicata è una* finzione giuridica *ed è ben giusto che, col progresso dei lumi e della civiltà i dommi fondati su di una* finzione giuridica *cedano il posto alla santa luce del vero* ». E certo, se così fosse, Egli avrebbe ragione; ma fortunatamente non è. La stessa luce del vero dà alla cosa giudicata lo splendore di cui rifulge e questo splendore si offusca e si spegne soltanto al cospetto dell'errore evidente.

l'autorità della *res judicata* come un istituto giuridico che serve a legittimare normalmente l'errore: quasi marchio genuino di una merce contraffatta! Senza contare che le *fictiones iuris*, espulse ormai da quasi tutto il diritto, meno che mai potrebbero venire a rifugiarsi nella materia penale che per la prima le cacciò dal suo seno.

Concludendo: l'autorità della cosa giudicata penale ricusa di prendere il suo posto fra le *finzioni* e le *presunzioni di legge*. Essa è ben più che una semplice *prova*, se non altro, perchè è il prodotto, la sintesi e il suggello di tutte le prove. E significa, mi pare, avere una ben gretta e meschina idea della dignità ed importanza dell'istituto in rapporto ai diritti dello Stato e dei cittadini, questo desumerne la forza ed efficacia giuridica da una finzione o presunzione legale.

135. — Resta a far cenno di un'ultima teoria la quale fu posta innanzi dal Carrara nell'opuscolo più volte citato [19]) ma che non ebbe l'onore di quelle adesioni che le teorie del Carrara solevano lasciare dietro di se. Il Carrara comincia col distinguere il *fondamento del diritto di punire* che è la *tutela giuridica* dal *fine della pena* che non si identifica col suo fondamento, non è, cioè, la tutela giuridica, ma congiunge in se al carattere *giuridico* il carattere *politico* e deve esprimersi con la formula « *ristabilimento della tranquillità* » [20]). Se il fine della pena — aggiunge poi — fosse la *tutela giuridica*, sia sotto l'aspetto di riparazione del diritto che sotto quello di riaffermazione del diritto medesimo, noi andremmo diritti

[19]) Carrara, *Della rejudicata in criminale* nel *Giornale delle leggi*, 1878 (IX), fasc. 8 e 9.

[20]) Tale distinzione fra *fondamento* e *fine* della pena è anche altrove propugnata dal Carrara: vedi: *Programma del corso di diritto criminale*, vol. I, §§ 613-627; e specialmente 615 (« fine primario della pena è il *ristabilimento dell' ordine esterno nella società* »).

alla dottrina della espiazione e la dottrina della espiazione ci porterebbe per necessità logica a concludere doversi l'azione penale mantener viva fino a tanto che il colpevole rimanesse impunito: in tal caso la dottrina della *rejudicata in criminale*, come, del pari, la dottrina della *prescrizione*, sarebbero un non senso, un arbitrio, una iniquità [21]). Ma il *fine della pena* è la *tranquillità*. Ora non sarebbe più tranquilla una società governata da siffatta legge per la quale migliaia di cittadini fossero perpetuamente esposti al pericolo di rinascenti accuse senza che le istituzioni penali offrissero loro un porto di sicurezza avverso quel tremendo pericolo..... I cittadini, per unanime ed universale consenso, accettano il sistema della penalità affidata alla autorità sociale perchè la veggono rivolta al fine di assicurare la tranquillità di tutti. Toglietele questo fine e diventerà odiosa ed intollerabile. Il sistema della rejudicata in criminale non è dunque a mantenersi per la sola considerazione dei danni che conseguirebbero dall'abolirlo, ma è buono in radice perchè si compenetra coi cardini della penalità e, più specialmente, col *fine delle pene* » [22]).

136. — Io non voglio qui entrare del difficile ed intricato problema del *fine* della pena ed indagare *quale* sia e come diversifichi dal suo *fondamento:* se il fondamento cioè la ragione d'essere e la legittimazione della pena è la tutela, mediante essa, del diritto negato dal colpevole col reato, fine di essa, almeno fine prossimo ed immediato, sembra essere appunto la restaurazione della sovranità del diritto ottenuta per mezzo dell'assoggettamento coattivo del delinquente alla sua signoria [23]).

[21]) Carrara, *Della rejudicata in criminale*, col. 60 e 61.

[22]) Carrara, *Op. cit.*, col. 65.

[23]) Cfr. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig 1890, vol. I, pag. 419.

Neppure voglio indagare se così inteso, come il Carrara l'intende, il fine della pena si opponga alla giustificazione giuridica dell'autorità della cosa giudicata penale: a me pare che ciò non possa affermarsi senza concepire l'autorità della cosa giudicata come un istituto alla cui improvvida ombra si nasconda impune ed immune la delinquenza Osservo soltanto che non è lecito porre come fondamento giuridico dell'autorità della cosa giudicata penale un principio così incerto, così instabile, così controverso come quello del *fine della pena*. Per il Carrara il fine della pena è la *tranquillità* (e diversifica dal suo fondamento); e ciò lo porta a concludere in favore dell'istituto della cosa giudicata. Per altri il fine della pena è la *coazione psicologica* o *l'intimidazione* che per essa si opera sui consociati; per altri è l'*emenda* o la *correzione* dei colpevoli; per altri l'eliminazione dei delinquenti dal seno della società; per altri tutte queste cose insieme; e ciò porta a negare o ad infirmare fra l'altro anche il fondamento dell'autorità della cosa giudicata penale. Che giova, d'altronde, al nostro scopo, distinguere il *fine* della pena dal *fondamento* della pena? Perchè non cercare nella stessa *tutela del diritto* la legittimazione dell'istituto della cosa giudicata penale? Forse che l'autorità di cui la cosa giudicata è rivestita si rivela in contradizione con la tutela giuridica che si vuole affidata al magistero delle pene? O non piuttosto si trova con essa in armonia? È quello che ci dirà la susseguente ricerca.

137. — È una esigenza logica e meccanica questa: che ogni moto legittimo, esordito dalla sua genesi, continui a correre la propria via fino a che non ha raggiunto il suo termine naturale[24]). Così è anche del processo penale.

---

[24]) L'osservazione è del CARRARA, *Op. cit.*, col. 60.

Il processo penale è il diritto penale stesso (*diritto penale materiale*) in quanto si traduce *in atto* e assume una *forma* concreta e determinata (*diritto penale formale*)[25]; esso è quindi una forza (*il diritto*) in movimento e il suo moto è legittimo perchè è la stessa attività del diritto: deve perciò il processo vivere fino a tanto che non siasi naturalmente esaurito. Ma dove si esaurisce un processo penale? Non può essere che nel raggiungimento pratico del suo fine[26]), conseguito il quale, cessa la ragion d'essere del processo e deve venir meno il processo medesimo. Ora il fine del processo è la scoperta della verità; e questa verità, considerata in rapporto alla tesi del processo, che è l'imputazione di un reato, riguarda la colpabilità dell'imputato[27]). Scoperta, quindi, la verità circa la colpabilità del reo, il processo è esaurito, è consunto, e non deve poter rivivere più. Ma la scoperta della verità è segnata *dal giudicato* cioè dalla pronunzia contenuta nella sentenza definitiva del giudice: dimostrata infatti *vera* l'imputazione, l'imputato sarà affermato colpevole e condannato: *non* dimostrata *vera* rimarrà ferma la *presunzione di in-*

---

[25]) Cfr. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1899, n. 1 e 22. Questo largo concetto del processo penale, come attuazione del diritto penale materiale mediante forme determinate, trovasi quasi universalmente accolto dalla dottrina tedesca. Cfr. Bauer, *Lehrbuch des Strafprozesses*, Göttingen 1835, § 23; Weiske, *Manuale di procedura penale* trad. Zei e Benelli con pref. del Carrara, Firenze 1874, § 19, pag. 17; Abegg, *Lehrbuch des gemeinen Kriminalprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Preussichen Rechts*, Könisberg 1833, § 2-7; Zachariae, *Handbuch de deutschen Strafprozesses*, Göttingen 1861, vol. I, § 1 e 2; Geyer, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrechts*, Innsbruck 1882, § 1-3; Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, Erster Band, Leipzig 1883, § 26, sub. 1.

[26]) Cfr. Lucchini, *Elementi* n. 24.

[27]) Cfr. Lucchini, n. 12, 13; Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelles 1863, I, n. 8, pag. 3.

nocenza che lo assisteva fin dall' inizio del procedimento [28]) ed egli sarà prosciolto. Oggi abolita, (ciò che è gloria del nostro secolo), la formula inquisitoriale del « *non consta* », ogni azione penale portata a giudizio deve necessariamente addivenire ad una soluzione definitiva, sia essa condanna o proscioglimento [29]): nel giudicato, adunque, condanna o proscioglimento, si esaurisce naturalmente il processo perchè appunto esso costituisce *l' accertamento* di quella *verità* che il processo andava cercando.

138. — Ma sarà essa, la cosa giudicata, la verità? È lecito rispondere affermativamente. Poichè la cosa giudicata è l' accertamento, il riconoscimento e la convinzione della verità o, in una parola, la *certezza;* e poichè della *certezza* non è possibile *dubitare*, è naturale il dire che la cosa giudicata sia la verità. Nell' ordine umano, la *certezza (verità soggettiva)* è l' equivalente della *realtà (verità oggettiva)* [30]); la verità assoluta ed oggettiva non esiste

---

[28]) Il senso e la portata della « *presunzione di innocenza* » furono svisati dai seguaci della così detta nuova scuola penale positiva. Ma vedi la confutazione delle loro idèe in LUCCHINI, *I semplicisti (psicologi, antropologi, sociologi) del diritto penale*, trad. francese di PRUDHOMME, Paris 1892, pag. 339 e *Elementi*, n. 15 e 16; e in STOPPATO, *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, *Riv. Penale*, vol. XXXVII, n. 4, pag. 318.

[29]) Fu appunto per aver svisato il senso della « presunzione di innocenza » ed aver scambiato la pronunzia di « non colpabilità », solo contrapposto a quella di « colpabilità », con una « dichiarazione positiva di innocenza » che i « positivisti » propugnarono il ristabilimento del pronunziato « *non consta* ». Cfr. in proposito LUCCHINI, *I semplicisti*, pag. 344. Questa formula non esisteva in diritto romano (Cfr. n. 23) e fu soltanto un prodotto storico del sistema inquisitorio (Cfr. n.i 52, 62, 63. Per la successiva evoluzione è infine per l' abolizione di questo istututo cfr. i n.i 64-75.

[30]) Sulla distinzione fra verità oggettiva e soggettiva v. LUCCHINI, *Elementi*, n. 120 e più ampliamente GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig 1883, I, § 32.

perchè tutto quanto l'uomo apprende ha un valore soggettivo per ciò solo che è dall'uomo appreso: perfino, quindi, ciò che è diretta percezione dei nostri sensi è una verità relativa, varia e controvertibile perchè insufficienti, imperfetti e fallibili sono i mezzi umani di cognizione della realtà. Occorre dunque acquietarsi alla *certezza*, poichè l'assoluta ed oggettiva verità non esiste; e ciò è naturale, la contradizione non consentendo che possa coesistere il *dubbio* accanto alla *certezza* senza cessare quello di esser dubbio o questa di esser certezza. D'altronde, quando degli uomini seri, intelligenti, istruiti esaminano con cura ed imparzialità una controversia sottoposta al loro giudizio, la *probabilità* è che dopo avere inteso le spiegazioni contradittorie delle parti in causa ed essersi informati di tutte le nozioni, materiali e giuridiche, che valgano ad illuminare la loro mente e la loro coscienza, questi giudici daranno alla controversia una soluzione conforme alla verità [31]). La certezza giudiziale corrisponde dunque normalmente alla verità giudiziale. Nè si richiede di più. Ogni conoscenza, e così anche quella del giudice, a causa della umana limitazione, non è che *probabile*: conoscenza perfetta è conoscenza illimitata e perciò impossibile.

[31]) Il Poisson, *Récherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et civile*, Paris 1860, n. 148 e 151 ha fatto un calcolo assai singolare di quelle che i francesi dicono « *chances d'erreur* » nelle decisioni dei giudici. In caso di unanimità in un tribunale di prima istanza composto di tre giudici, vi sono *nove* probabilità favorevoli contro *una* contraria che essi non si siano sbagliati e, in caso di dissenso, *cinquantasette* contro *ventotto* per la bontà della decisione. Vi sono *diciannove* probabilità favorevoli contro *una* contraria per la bontà di una sentenza affermativa. Un calcolo analogo istituisce anche il Thiercelin nel suo articolo, *La probabilité dans les décisions judiciaires*, *Journal de Droit* 30 marzo, e 1-3 aprile 1861.

139. — La cosa giudicata è, pertanto, la verità umanamente conseguibile e la probabile verità; e tanto basta perchè, esaurito in essa il processo essa rimanga inespugnabile ed inoppugnabile come la verità stessa. Ma appunto perchè è tale, essa deve avere, al pari della verità, la virtù giuridica di sodisfare, con una sintesi armonica, l'*interesse della repressione* che esige la convinzione e la condanna dei malfattori con l'applicazione della pena comminata dalla legge e l'*interesse difensivo* che esige la preservazione dell'innocenza e la tutela della libertà civile; deve conseguentemente la sua autorità tutelare, ad un tempo, l'uno e l'altro interesse del procedimento. Abolita infatti la terza forma di sentenza « per difetto di prove » il giudicato altro non può essere che una condanna o un proscioglimento definitivo: se è una *condanna*, poichè si è convinto e condannato il colpevole, poichè secondo ogni probabilità egli è il *vero* colpevole, l'autorità della cosa giudicata penale protegge l'interesse della repressione; se è un *proscioglimento* poichè si è riconosciuta la non colpabilità, poichè vi è la probabilità che il prosciolto sia innocente, l'autorità della cosa giudicata protegge l'interesse della libertà civile e dell'innocenza riconosciuta. L'autorità della cosa giudicata penale trova dunque la sua giustificazione teorica nel fatto che la cosa giudicata è la verità, quale fu giudizialmente accertata, e segna perciò il raggiungimento del fine e della fine del processo penale con l'armonica sodisfazione dei due supremi interessi procedurali. Essa è adunque — come dice efficacemente il Lucchini[32]) — « il suggello della giustizia che ha fornito il suo compito e dato il suo responso ». Ma appunto per ciò essa necessariamente armonizza col *fondamento*

[32]) Cfr. LUCCHINI, *Elementi*, n. 96.

della pena che è la « *tutela politica del diritto* » [33]); ne è anzi una logica derivazione ed applicazione che non solo protegge i diritti dei cittadini dalle male azioni dei delinquenti, ma è altresì l'egida processuale della vita, della libertà e dell'onore dei cittadini stessi contro gli errori e gli arbitri dei giudici e dei pubblici funzionarî.

140. — Chiara è pertanto la necessità sociale che forma la radice della autorità della cosa giudicata penale. La società ha bisogno, al fine della sua conservazione, di porre un termine alle contese ed alle vendette private e di *tutelare*, essa, *il diritto* fra i consociati. Perciò essa si organizza politicamente a *Stato* e crea le leggi fra cui, quasi *lex legum*, è la legge penale chiamata ad attuare la più forte tutela giuridica; la tutela politica del diritto [34]). Ma la necessità sociale non si ferma qui; essa impone ancora che la legge penale, al pari di ogni altra legge, non rimanga una astratta dichiarazione di norme e, nel nostro caso, una platonica comminatoria di mali, ma possa tradursi praticamente *in atto* nel campo concreto dei fatti umani e dei rapporti sociali. Di qui la necessità di istituire un *organo* cui si affidi la *funzione* di *applicare la legge penale* e che assicuri e caratterizzi con la sua esistenza l'esistenza di questa funzione; cioè: un *organo* ed una *funzione giudicante penale*. Ma se l'autorità giudiziaria è necessaria alla legge penale come lo è l'organo per la funzione, è conseguentemente necessario che *ciò che viene da essa giudicato* riceva ugualmente *attuazione*, altrimenti verrebbe meno la ragione e condizione di sua stessa esistenza. Alla *società* è

[33]) È questa la formola adottata dal LUCCHINI ed alla quale io aderisco. Cfr. LUCCHINI, *I semplicisti*, trad. francese, pag. 397-398, nota 7 e: *Corso di diritto penale* (Lezioni litografate). Anno 1884-85, pag. 10. Vedi pure: VACCARO, *Genesi e funzioni delle leggi penali*, Roma 1889, pag. 101.

[34]) V. nota precedente.

dunque necessaria la *legge penale;* alla legge penale è necessario l'*organo e la funzione giudicante penale;* all'organo ed alla funzione giudicante penale è necessaria l'*attuazione della cosa giudicata;* si può quindi concludere che l'attuazione della cosa giudicata è necessaria alla società. Ora questa *attuazione* ha due lati; l'*esecuzione coattiva del giudicato* (*actio judicati*) e l'*autorità della cosa giudicata* cioè il divieto di ritornare su di essa (*exceptio rei judicatae*)[35]). L'autorità della cosa giudicata, cioè la sua forza *obbligatoria* e la forza *esecutiva* della cosa giudicata sono dunque due modi paralleli di esplicarsi di una stessa necessità sociale; la *necessità di rendere pratica ed effettiva la legge penale.* Ma l'applicazione della legge penale non sarebbe più utile e tanto meno necessaria, bensì dannosa alla società, se essa non fosse *giusta* se cioè non riguardasse il *vero* colpevole del reato. Socialmente come giuridicamente è dunque sempre sul fatto che la cosa giudicata è la *verità giudizialmente accertata* che si fonda la sua autorità la quale, appunto per ciò partecipa anche essa alla tutela del diritto che si vuole affidata al magistero della pena[36]).

141. — Stabilito quale sia il fondamento *giuridico* dell'autorità della cosa giudicata penale, cioè il fatto che

---

[35]) Che l'*actio judicati* e l'*exc. rei jud.* sono due lati di *attuazione* della sentenza fu osservato anche dal COGLIOLO, *Cosa giudicata* nell'*Enc. Giur.*, vol. III, parte IV, pag. 5.

[36]) Non diversamente è della *prescrizione penale* (Cfr. LUCCHINI, *Elementi*, n. 101) a cui l'autorità della cosa giudicata fu pure dagli scrittori paragonata tanto da essere detta come quella e con quella: *altera patrona generis humani.* Uno scrittore del Medio Evo disse, anzi, che l'autorità della cosa giudicata è, come la prescrizione, un asilo offerto dalla legge ai cittadini contro le continue persecuzioni giudiziali: *hic unus inter humanas procellas portus quem si homines fervida voluntate praeterierint in undosis semper jurgiis errabunt.*

essa segna l'accertamento della verità giudiziale, resta che si stabilisca il suo fondamento *politico* e questo si desume facilmente da quello e con un processo non diverso di determinazione logica. Abbiamo detto che il processo penale ha per *fine* l'accertamento della verità giudiziale; ma con ciò non abbiamo parlato che del suo *fine giuridico*. Ma il processo penale ha anche un *fine politico* che esso *deve* raggiungere e senza il conseguimento del quale mal si potrebbe dire esaurito. Non basta, dunque, che la cosa giudicata segni la scoperta della verità di cui si andava in traccia e rivesta e tuteli della sua autorità i supremi interessi del procedimento penale. Occorre ancora che essa segni il raggiungimento del fine *politico* del processo che è l'armonia fra la coscienza del giudice e la coscienza dei consociati; perchè a nulla servirebbe *praticamente* l'aver raggiunta l'esatta cognizione del vero se di tale risultamento la società non fosse consapevole e della sua sincerità non fosse convinta quanto può esserlo chi, di questa verità, ebbe la stessa cognizione diretta [37]). Ed ecco il fondamento *politico* dell'autorità della cosa giudicata; cioè il fatto che la società *creda*, che essa *abbia fede* nella verità e nella giustizia del giudicato; se la cosa giudicata non gode la *fiducia* dei cittadini, se essi *dubitano* della sua verità e giustizia, viene meno il fine e l'ufficio politico del processo penale e con esso il sentimento della sicurezza sociale. Chè, anzi, il sospetto sistematico dell'ingiustizia del giudicato aumenta nei consociati l'allarme prodotto dalle male azioni dei delinquenti e vi aggiunge lo sgomento di vedersi esposti agli arbitri, agli errori ed agli abusi da parte di coloro stessi che sono chiamati ad amministrar la giustizia. In tal modo l'autorità della cosa

[37]) Cfr. Carrara, *Programma*, vol. I, § 819; Lucchini, *Elementi*, n. 18.

giudicata penale non solo non serve a tutelare politicamente il diritto, ma a tale tutela diametralmente si oppone e diviene odiosa ed intollerabile agli occhi dei cittadini. Deve dunque la cosa giudicata segnare l'attuazione anche del fine *politico* del processo ingenerando nell'animo dei cittadini la fiducia nei giudici e nella giustizia; essa deve essere l'eco della pubblica coscienza che si ripercuote nella coscienza giudiziale e ne stabilisce l'intima, armonica e perfetta rispondenza; solo allora la sua autorità potrà dirsi *politicamente* e perciò *praticamente* fondata.

142. — Ma in qual modo e quando la coscienza del giudice rispecchia essa la coscienza dei cittadini?; in qual modo la cosa giudicata, che è l'espressione della *certezza giudiziale*, rappresenta e può rappresentare altresì la *certezza* dei consociati? Basta egli il fatto che il potere giudiziario è il legittimo rappresentante della società civile nell'amministrazione della giustizia, e la considerazione che, come tale, esso non ha una coscienza e una volontà diversa dalla coscienza e dalla volontà universale? Evidentemente, no. Occorre che le stesse norme e le stesse forme del procedimento non solo siano in se e per se atte alla constatazione della verità giudiziale bensì anche simpatizzino con le vocazioni, le esigenze e le tradizioni della società in cui vivono in modo da poter godere la sua intera e perfetta fiducia.

Non è qui il luogo di stabilire quali esse debbano essere; mentre ciò, d'altronde, ci porterebbe all'esame e spesso alla critica di tutto intero l'ordinamento giudiziario e processuale vigente; ma è d'uopo tuttavia e soltanto notare che la fiducia dei cittadini nelle forme procedurali sarà tanto maggiore quanto maggiore, più diretta e costante è la partecipazione dei cittadini all'opera processuale e quanto più agevole e continuo intorno ad essa

è il controllo fecondo della pubblica opinione. Nè basta che siffatte forme siano attuate e legislativamente imposte; occorre anche che esse siano normalmente osservate. « Quando le forme non furono osservate — nota perspicuamente il Carrara [38]) — la fiducia pubblica intorno alla giustizia del giudicato non è altro che la fiducia nella sapienza ed integrità dell' *uomo* che giudicò; e questa può non aversi da tutti: ma quando le forme furono osservate la fiducia pubblica ha un cardine razionale in siffatta osservanza ». Politicamente è dunque nella *legalità* del giudicato che riposa l'autorità della cosa giudicata; questa autorità ha per fondamento politico la fiducia pubblica nella verità e giustizia del giudicato; ma questa fiducia si fonda sull' osservanza delle forme legali processuali: è dunque sulla osservanza delle forme che sta in ultima analisi il fondamento politico dell' autorità della cosa giudicata penale. Pertanto, quando le forme rese obbligatorie dalla legge processuale furono osservate, la cosa giudicata rappresenta la legalità essa medesima e non solo è la verità giudizialmente accertata; ma è altresì la verità nell' opinione e nella fede dei cittadini; è socialmente e giuridicamente la verità [39]). E lo capirono anche i Romani quando dissero — e giustamente dissero soltanto per le questioni di *diritto pubblico* [40]): *res judicata pro veritate habetur*.

---

[38]) Cfr. Carrara, *Programma*, I, § 819.

[39]) Si noti che io parlo di verità *giuridica* e non di verità *legale*; la qual cosa è ben differente.

[40]) I Romani non enunciarono la regola: *res judicata pro veritate accipitur* o .... *facit ius*....., se non per le questioni concernenti il diritto pubblico e come interessanti in certo modo l'ordine pubblico, anche per le questioni di stato (Cfr. Coviello, *De' giudicati di stato*, pag. 43); mai per quelle concernenti controversie patrimoniali e di puro interesse privato. La regola che la cosa giudicata *habetur pro veritate* è dunque più propria al penale che al civile è intesa come noi l'intendiamo, e non come una presunzione assoluta posta dalla legge, va al diritto penale rivendicata. Cfr. retro n. 18.

Perchè con ciò essi non intesero di imporre ai cittadini una norma obbligatoria di legge, sia pure sotto la forma di presunzione, perchè la *fede* non si impone e si ha naturalmente o non si ha, ma intesero soltanto di constatare un fatto che, specialmente ai tempi delle forme accusatorie repubblicane, dovette essere un fatto evidente ed incontrastabile; cioè appunto che, nella pubblica opinione, la cosa giudicata si aveva come una verità. E questa verità che, nei riguardi del giudice, non è che una certezza singola ed individua, e perciò relativa; nei riguardi sociali, pur rimanendo una verità soggettiva come ogni altra verità umana, si estende, si rinsalda, si collettivizza, diventa la *certezza di tutti* ed assume un carattere di maggiore oggettività ed assolutezza. Senza dubbio, la certezza dei cittadini che la cosa giudicata sia la verità, in tanto esiste in quanto essi si affidano al giudice e fino a un certo punto si appagano della sua autorità; perchè essi credono senza aver provato direttamente la verità delle cose a cui credono. È quindi una verità di seconda mano, o meglio, una *verità di opinione o di fede*. Ma tanto basta se si pensa che la stessa certezza giudiziale non è, neppure essa, il prodotto di una cognizione direttamente acquistata coi proprî sensi dal giudice; che le cognizioni dirette non sono che una minima parte delle nostre cognizioni, e non sempre la migliore, e che infine gran parte della verità umana non è altro che *fede* [41]). Sotto questo aspetto, anzi, l'autorità della cosa giudicata si innalza e si purifica; è quasi una religione: la religione dell'umana giustizia.

143. — Ciò premesso, risulta chiaro che l'autorità della cosa giudicata penale non solo non protegge i giudicati ingiusti ma spiega la sua forza ed importanza alla

[41]) Che la verità umana, prevalentemente, è *fede*, osservò acutamente Jhering, *Der Zweck im Recht* 1886-93, Band II, pag. 568 e seg

difesa delle decisioni vere e giuste contro le insinuazioni di coloro che pretendono di vedervi l'errore e l'ingiustizia. Non essa serve perciò — come sembrano credere gli autori francesi — a gabellare per verità e giustizia agli occhi dei cittadini ciò che non è nè verità nè giustizia, sibbene una apparenza formale ed ingannevole dell'una e dell'altra; ma serve a proteggere ciò che per se stesso, e anche senza cosa giudicata, sarebbe la verità. Falsa è dunque l'affermazione che l'*autorità della cosa giudicata prevalga alla verità*. Nei giudizi penali, dove si cerca la verità vera e la giustizia assoluta, cui non è lecito sostituire una verità *legale* ed un diritto *formale* sotto la spoglia insidiosa della finzione di legge, l'autorità della cosa giudicata non deve scientificamente avere una forza maggiore della verità medesima, perchè è appunto dalla verità, di cui è il riconoscimento e la probabile espressione genuina, che essa attinge la sua forza ed autorità. Non è teoricamente e logicamente concepibile che la verità possa fornire alla cosa giudicata una autorità maggiore di quella che le è propria. Chè se praticamente può avvenire, ed infatti avviene, che la cosa giudicata non coincida con la verità, ma si trovi in opposizione con la realtà dei fatti e che, per tal modo, la sua autorità venga a coprire l'errore in luogo della verità; ciò deve attribuirsi ad imperfezione del sistema legislativo, come ogni altra, deplorevole e funesta, che potrà esser ragione di aspirare e di chiedere una riforma, ma non è ragionevole motivo perchè, nella costruzione scientifica della cosa giudicata, si conceda ad essa una autorità maggiore di quella che realmente le ispetta come espressione concreta della verità giudiziale. Nel sistema legislativo, giudiziario e processuale, vigente la cosa giudicata è, *normalmente*, l'espressione della verità e la sua autorità difende, *per regola*, le sentenze eque e conformi alla legge; ma ciò non esclude che questa autorità copra

un errore evidente quando non concorrono le condizioni speciali di una revisione o di un annullamento. Ma in un sistema teorico e scientifico, e perciò ideale, di ordinamento giudiziario e processuale la cosa giudicata deve identificarsi con la verità e la autorità sua deve essere quella esclusivamente che le proviene dall'essere e dall'esser creduta la verità.

Tutti gli sforzi legislativi debbono dunque esser diretti per questa via; cioè la maggiore possibile identificazione della cosa giudicata con la verità o — che è lo stesso — il conseguimento del maggior grado possibile di morale certezza; e per questa via la scienza deve preceder la legge. Non bisogna dimenticare che l'autorità della cosa giudicata penale si fonda *giuridicamente* sul fatto che essa è l'accertamento della verità giudiziale; che la *certezza giudiziale* non esclude l'*errore* come la *probabilità favorevole* non esclude una *probabilità contraria*, che in tanto l'istituto della cosa giudicata penale è *politicamente* fondato, in quanto i cittadini fidano che essa sia l'espressione della verità e riposano in questa sicura e tranquilla coscienza. Sorge quindi la necessità e il dovere di far in modo che la certezza corrisponda, per quanto è umanamente possibile alla verità; di far sì che aumenti la probabilità di verità e diminuisca la probabilità di errore col circoscrivere questo entro sempre più ristretti confini. Ma per far ciò occorre metter mano a tutto l'edificio processuale, di cui l'autorità della cosa giudicata costituisce l'ultima pietra e quasi direi la pietra sepolcrale. E certo, in un sistema processuale modellato, a grandi tratti, sul metodo *accusatorio* sarebbe lecito nutrire fondata speranza che *cosa giudicata* e *verità*, questi due cerchi sovrapposti, ma non combacianti, possano confondersi in modo da ridurre al minimo il margine di differenziazione giuridica. Solo allora l'autorità della cosa giudicata penale potrà dirsi perfettamente

fondata; e così dal punto di vista giuridico che dal punto di vista politico. L'autorità della cosa giudicata ha sue radici in tutto intero il procedimento, in quanto ogni singolo istituto processuale in sè, e in relazione agli altri, sia atto, da un lato, alla effettiva constatazione della verità giudiziale e, dall'altro, ad ingenerare nei cittadini la fiducia nella verità conseguita. Quando la legge processuale è imperfetta o deficiente; quando attraverso al procedimento penale la verità si smarrisce o si scolora, non si può o mal si può lasciar adito alla consacrazione, *nel diritto positivo* dell'autorità della cosa giudicata perchè non è lecito porre come *regola* quella *verità* della cosa giudicata che, *nel fatto*, è soltanto *eccezione*. Che se, in tale ipotesi, essa si ponesse come principio, ciò potrebbe essere la conseguenza del fatto che le garanzie processuali, pur non imposste dalla legge, fossero osservate in forza di consuetudini giudiziarie [42]); o anche la conseguenza di una esigenza politica giuridicamente ingiustificabile; ma in nessun caso mai una conseguenza scatente direttamente e logicamente da tutto il sistema positivo vigente del diritto processuale penale.

144. — Alla determinazione del fondamento dell'autorità della cosa giudicata, di cui abbiamo discorso, si associa logicamente, e perciò indissolubilmente, la controversia relativa alla istituzione del *doppio grado di giurisdizione:* controversia vecchia e dibattutissima, ma che ancora non può dirsi abbia ricevuto nella scienza una risoluzione definitiva, e che presenta tale carattere di gravità e di importanza, tale complessità di ricerche, tale diversità e molteplicità di aspetti da doversi ritenere non inutile che qui se ne tratti, avuto principalmente riguardo al nostro punto di vista.

---

[42]) Cfr. Berner, *Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess*, Leipzig 1891, § 2, pag. 3.

Ho detto che al nostro argomento la questione del doppio grado di giurisdizione si riattacca logicamente; e si capisce. L'appello altro non è se non la rinnovazione dinanzi ad un giudice superiore del giudizio chiuso col giudicato; rinnovazione che vien provocata da un atto di una delle parti in causa (*gravame*) mediante il quale questa impugna il giudicato del giudice inferiore e lo denunzia come ingiusto al giudice superiore.

Sostanzialmente, quindi, esso consiste nel rimettere in discussione la cosa giudicata ed è, già lo abbiamo accennato, una contravvenzione della legge al divieto del *bis in idem* che la legge medesima pone. Come tale, e fin dal primo aspetto, esso si rivela in antitesi alla *autorità* della cosa giudicata che in tal divieto consiste; non solo, ma si presenta anche come una contradizione al principio della *forza esecutiva* del giudicato, la esecuzione del quale, per effetto di esso, come per effetto di ogni altro gravame, viene effettivamente a sospendersi.

La ragion d'essere dell'appello sta dunque nella negazione di ogni fondamento all'autorità del giudicato del giudice di prima istanza, essendo manifesto che qualora questa autorità fosse giuridicamente e politicamente fondata, nessuna giuridica legittimazione potrebbe addursi a favore del doppio grado di giurisdizione.

Come è naturale, due correnti scientifiche si contrastano il campo intorno a questo grave argomento: l'una che sostiene la necessità di mantenere l'appello, salvo a decretare quelle riforme che sembrino più opportune al retto e migliore funzionamento dell'istituto [43]); l'altra —

[43]) Conformi: Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. III, n. 4373 pag. 282; Portalis, *Mémoires de l'Academie des sciences morales de France*, Paris 1841, vol. III, pag. 467; De La Court, *Code de procedure pénale, Rapport de la Commission du Gouvernement*, pag. 141 e seg.; Thonissen, *Chambre des représentants, Séance du 14 decem-*

cui noi aderiamo — che ne chiede addirittura l'abolizione [44]).

---

bre 1883, Code de procedare pénale, pag. 1 s.; BENTHAM, *De l'organisation judiciaire e de la codification* dans les *Oeuvres*, tome III, pag. 54, MITTERMAYER, nel *Gerichtssaal*, 1857; ZIMERMANN, nel *Gerichtssaal*, 1870; WALTHER, *Die Rechtsmittel im Strafverfahren*, 1.ª parte, 1853 e 2.ª parte 1855; KRIES, *Die Rechtsmittel*, 1880; GERAU, *Uber das Rechtsmittel des appellations im Strafprozesse*, *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1854, pag. 256; HEIL, *Il nuovo progetto del codice di procedura penale per l' Ungheria* nella *Riv. pen.*, vol. XXIX, pag. 547; SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale* vol. IV, tit. I, cap. III; DE FORESTA, *Lettera XIII al direttore dell' « Opinione »*, *Eco dei Tribunali di Venezia*, 1868, n. 2002; VASTARINI-CRESI, *Ordinamento della giustizia penale in Italia*, schema di una riforma, pagina 183 e s.; BORGNINI, *Resoconto dell' amministrazione della giustizia nel Distretto della Corte di Appello di Napoli 1891;* SANGIORGI, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel Distretto della Corte d' appello di Catanzaro* 1878; LETO, *La difesa del reo secondo i principi e le disposizioni legislative*, Palermo 1897, pag. 74-78; VACCA GUGLIELMO, *Relazione al IV Congresso giuridico Nazionale*, sul tema III: « Se sia da mantenere il rimedio giuridico dell' appello e con quali norme ». Napoli, Tocco, 1897, pag. 197-317; CARFORA, *Relazione al IV Congresso giuridico Nazionale* sullo stesso tema, Napoli 1897, pag. 319-366; POLLIO, *Relazione al IV Congresso giuridico Nazionale*, appendice al tema III, Napoli 1897, pag. 461-480; STOPPATO, *I giudizi penali minori* nella *Cassazione Unica*, vol. XI, col. 801-805, 833-841, 865-877.

[44]) Conformi: BERANGER, *Memoires de l' Academie des sciences morales et politiques*, t. 1er, 2me série, pag. 472; FOURNIER, *Essai sur le droit d' appel suivi d' une étude sur la reforme de l' appel*, 1873; ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, 2.ª ediz., n. 1699, pag. 799; PASCAUD, *L' appel des jugements correctionnels et la loi du 15 juin 1856*, *Révue critique de legislation*, XXV, pag. 487 e s.; PRINS, *De l' appel dans l' organisation judiciaire repressive*, Bruxelles 1874, pag. 154; SCHWARZE, *Die Zweite Instanz im Mündlichen Strafverfahren*, Wien 1862, pag. 3 e s.; ZACHARIAE, *Handbuch des deutschen Strafprozesses*, vol. II, pag. 575 e s.; GEYER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig 1880, pag. 802; WIEST, *Die Nothwendigkeit und*

145. — L'appello — dicono giustamente gli abolizionisti — non può essere la critica del giudizio di primo

die Bedigungen der Mündlichkeit im Strafverfahren, Schaffausen 1844, § 28, pag. 105; FRIEDRICH, *Ueber die Rechtsmittel im französischen Strafverfahren*, 1848; GABUZZI, *Sulla riforma della procedura penale ticinese*, Memoria al cod. dipartimento di giustizia, pag. 13 e s.; COLOMBI, *De la revision du Code de procédure penale tessinois*, *Révue penal Suisse*, II, pag. 76 e s.; GAUTIER, *Les nouvelles loi tessinoises sur l'organisation judiciaire et le procédure en matière pénale*, *Révue pénale Suisse*, 1895, pag. 255 e s.; ALAGGIA, Prefazione alla traduzione italiana di MEYER, *La questione degli Scabini*, pag. 25; ASCHETTINO, *L'appello nei giudizi correzionali*, *Gazzetta dei Tribunali di Napoli*, XXVII (1875) 4 e 10 luglio, e *La riforma giudiziaria in relazione ai Progetti del Ministro Zanardelli*, pag. 159 e s.; BENEVOLO, *Riforme al Codice di procedura penale*, Appello, Cassazione, Revisione, *Riv. Pen.*, vol. XLIV, pag. 23 e s.; BORSANI e CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, vol. VI, §§ 2026-2030; CANONICO, *Relazione su i discorsi inaugurali del Pubblico Ministero*, Atti della Commissione per il riordinamento della statistica giudiziaria civile e penale, Sessione dell'anno 1886, pag. 24; CARRARA, *Pensieri intorno ad alcuni progetti sulle economie della finanza italiana*, pag. 39, 42; CASORATI, *Il processo penale e le riforme*, pag. 390 e s. e *Appello penale* nel *Digesto Italiano*, vol. IV, pag. 92 e s.; CESARINI, *Dell'appello in penale e dell'ordinamento della giustizia correzionale*, *Riv. Pen.*, vol. IX, pag. 101 e s. e X, pag. 108 e s. e anche *La magistratura italiana nella sua giurisdizione e gerarchia*, *Rivista Penale*, XXXII, 145, COSENZA, *Di alcune riforme occorrenti all'amministrazione giudiziaria*, *Giornale dei Tribunali di Milano*, anno V, n. 238 e 239; CRISAFULLI, *Il giudizio penale dell'Italia*, pag. 229; DE MAURO, *Dell'appellazione in materia penale in Italia*, *Riv. Pen.*, vol. II, pag. 424, e s.; LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, 2.ª ediz., 1899, n. 360, pag. 381; LUCCHINI e MANFREDINI, *Appello*, nel *Dizionario di Giurisprudenza pratica penale*, Padova 1876, vol. I, n. 10, pag. 257-259; MANFREDINI, *L'ordinamento giudiziario e le riforme*; MIRABELLI, *Statistica sommaria*, pag. XXVIII e s.; RATTI, *Intorno alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, pag. 57; BRUSA, *Correzione straordinaria di condanne penali*, nella *Pubblicazione pel 50.º anno di insegnamento di* ENRICO PESSINA, vol. II, Napoli 1899, pag. 503-525.

grado, perchè diversa è la condizione in cui si trova il giudice di appello di fronte a quello di prima istanza. Questi attinge i materiali del suo convincimento alle fonti pure della oralità e della percezione immediata: egli vede, sente e tocca la verità palpitante; quegli toglie a base della sua convinzione le mute e fredde pagine del verbale di udienza, compilate in forma monca e saltuaria, piene spesso di inesattezze e di lacune. Ed è non solo diversa, ma peggiore la condizione del giudice di nuova istanza. Gli atti scritti sono malfidi latori della verità: non vi è processo verbale per fedele che sia (e si sa cosa valgano nella pratica) che possa efficacemente sostituire l'osservazione viva e immediata dei fatti: una parola, un gesto, uno scatto, la stessa voce, lo stesso contegno, la stessa fisonomia dell'imputato, dei testimoni, o dei periti, possono essere il lampo di luce rivelatore della verità agli occhi del magistrato; e tutto ciò non passa nei verbali di udienza [45]). È dunque naturale che il secondo giudizio, meno del primo, riesca conforme alla verità. Nè a togliere di mezzo questo gravissimo inconveniente vale il prescrivere in ogni caso la ripetizione del dibattimento dinanzi al giudice di seconda istanza. Non vi è forza umana che possa far si che si riproduca identicamente dinanzi al secondo giudice ciò che si è svolto dinanzi agli occhi del primo. Non può impedirsi che il tempo, che tutto distrugge e cancella, spieghi la sua azione deleteria sui fatti e sulle persone di cui si trattò nella causa: le prove dunque deperiranno, si smarriranno o si attenueranno; i testimoni perderanno in parte la memoria degli avvenimenti o si lasceranno corrompere, e pur rimanendo gli stessi, diverse

[45]) Vedi su ciò da ultimo il GAUTIER, *Les nouvelles lois tessinoises sur l'organisation judiciaire et le procédure en matière pénale. Révue Pénale Suisse*, 1895, pag. 255.

saranno le loro testimonianze [46]). È fatale che il secondo giudizio riesca diverso e peggiore del primo.

L'appello — continuano gli abolizionisti — è un'anacronismo di fronte ai moderni principii della procedura penale. Sostituito specialmente al sistema delle prove legali quelle del libero convincimento del giudice, alla valutazione teorica, legale, artificiale degli elementi probatori preordinatamente elencati e tariffati la libera, logica, naturale valutazione di essa da parte del giudice, l'appello ha perduto la sua ragione di esistere essendo impossibile al giudice di seconda ,istanza la critica probatoria della sentenza del giudice di prima [47]).

Ancor più inutile ed incerto si rivela l'appello nei casi di citazione direttissima o nei casi in cui l'istruzione orale varia i risultamenti della scritta: nei primi mancando l'istruzione preliminare delle prove e nei secondi la prova riducendosi al monco verbale di udienza, vengono assolutamente a mancare al giudice di secondo grado gli elementi della sua convinzione.

L'appello, per il suo concetto medesimo, si rivela o inutile o dannoso. È inutile tutte le volte che la sentenza di appello torna a conferma della sentenza dei primi giudici. È dannoso tutte le volte che il secondo giudice riforma la sentenza del primo. Nel primo caso è inutile perchè se il primo giudizio fu fatto con tutte le formalità richieste dalla ragione o dalla legge per giungere alla scoperta della verità esso offriva ogni sicurezza di giustizia, senza bisogno che un secondo giudice lo venisse a dichiarare [48]). Nel se-

[46]) Cfr. tra gli altri LUCCHINI e MANFREDINI, *Appello*, nel *Diz. di Giur. prat pen.*, vol. I, pag. 258.

[47]) Appunto per ciò dice il GABUZZI, *Sulla riforma della procedura penale ticinese*, pag. 12 che « il doppio grado di giurisdizione rende fittizio il convincimento del giudice ».

[48]) Cfr. LUCCHINI e MANFREDINI, *Appello*, pag. 257.

condo è dannoso perchè proclama la fallacia della giustizia e creando un conflitto fra due sentenze getta il dubbio nella coscienza dei cittadini e scema in loro il rispetto e la fede nella giustizia [49]).

Sotto un altro aspetto l'appello deve essere censurato. I giudici di seconda istanza non hanno maggior attitudine dei giudici di prima a ricercare la verità. Se fosse altrimenti il legislatore mancherebbe al suo principale dovere di dare a tutti gli imputati giudici ugualmente illuminati.

Appunto perchè « si fonda su di un concetto di autorità e di capacità diversa fra il giudice inferiore e quello superiore l'appello nuoce al credito della giustizia e al prestigio della magistratura » [50]).

L'appello è illogico, ingiusto e inopportuno sotto altri tre aspetti. Primo, perchè altera l'armonia degli ordini processuali, pone il legislatore nella contradizione di permetterlo per i reati meno gravi e di non concederlo per i reati più gravi la cui competenza spetta alla Corte d'Assise, duplica in favore dei primi i rimedi contro le violazioni della legge. Secondo, perchè sdoppia la coscienza del giudice, essendogli vietato in caso d'appello proposto dal condannato la *riformatio in peius* [51]). Terzo, perchè, messi in-

[49]) Cfr. Prins, *De l'appel dans l'organisation judiciaire répressive*, Bruxelles 1874, pag. 154; Berenger, *Memoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. I, pag. 472; Lucchini e Manfredini, pag. 257; Cesarini, *Dell'appello in penale* ecc., *Riv. Pen.*, IX, pag. 450.

[50]) Lucchini, *Elementi*, n. 360, pag. 380.

[51]) Questo effetto dell'appello fu bene messo in rilievo in Germania dal Seuffert, *Ueber die reformatio in peius*, 1861 e dal Goltdammer, *Die reformatio in peius* nell'*Archiv für preussichen Strafrecht*, 1856, pag. 69 e 1860, pag. 314; e criticato presso di noi dal Garofalo, *La revisione dei giudicati* nella *Scuola positiva*, 1893, pag. 102, e dal Setti, *Un pregiudizio che scompare*, nella *Cassazione Unica*, VIII, col. 481.

sieme i voti dei giudici di primo e secondo grado, può condurre a far si che i suffragi della minoranza prevalgano su quelli della maggioranza come quando la condanna è pronunciata dal Tribunale ad unanimità e l'assoluzione della Corte a parità di voti.

L'appello paralizza il corso della giustizia, allontana l'applicazione della legge penale e l'esecuzione della condanna dal tempo del commesso reato, induce le parti a valersene per dilazionare l'esecuzione medesima, provoca spesso facili ed ingiustificate assoluzioni e mitigazioni di pena: nuoce, in complesso, alla *prontezza*, alla *certezza* ed alla *proporzione* della pena.

Infine l'appello lascia campo all'arbitrio sconfinato del giudice perchè abbandona alla sua discrezione tutte le forme del giudizio di seconda istanza [52]).

In conclusione l'appello contradice al fine giuridico e politico del processo. Quanto alla correzione degli errori di fatto o di diritto che si vorrebbe ad esso affidata, meglio provvedono o possono provvedere gli istituti della revisione e della Cassazione [53]).

146. — A queste forti argomentazioni che costituiscono un vero atto di accusa contro l'appello, nei suoi principi e nella sua attuale regolamentazione legislativa, si è variamente risposto dai fautori della sua ammissibilità. A dire il vero nessuno di essi osa negare la serietà dell'argomento della oralità [54]). Ma ognuno, per diversa

---

52) Vedi specialmente il Cesarini, *Dell'appello in penale*, ecc., *Riv. Pen.*, IX, pag. 415.

53) Borsani e Casorati, *Il Codice di procedura penale*, vol VI, § 230.

54) Il Gerau, *Ueber das Rechtsmittel der appellations im Strafprozesse* nell'*Archiv des Criminalrechts*, 1854, pag. 254 è il solo che osi affermare l'appello perfettamente conciliabile col principio dell'oralità, non solo, ma anche con quello del libero convincimento. Come? L'autore non lo dice.

via, cerca di togliergli importanza pratica. Il Vacca, per esempio, osserva che il principio dell'oralità non è in pratica strettamente osservato: i materiali del giudizio di prima istanza, egli dice, sono ben lungi dall'essere raccolti interamente all'udienza. Spesso il convincimento del giudice di prima istanza si forma in base ai materiali raccolti dalla istruzione scritta: più spesso insieme sugli atti scritti e sull'oralità del dibattimento: e, solo per eccezione, si forma in base ai materiali raccolti all'udienza; e anche in questi casi conferiscono a scemare l'oralità il modo di condurre i dibattimenti e le consuetudini giudiziarie [55]). Io non nego tutto ciò; ma dall'influenza che l'istruzione scritta esercita nel dibattimento di prima istanza, io non vedo come si possa desumere un argomento di oppugnabilità dell'appello. Che il giudizio di primo grado per la poca gelosa custodia del principio di oralità, non offra talvolta seria sicurezza di riuscire conforme alla verità può essere, anzi è certamente; ma che questa guarentigia nella oralità maggiormente difetti nel giudizio d'appello, non v'è nessuno che possa negare; se in questi casi, cui il Vacca accenna, il giudizio di prima istanza non darà buoni risultamenti, si può star certi che il giudizio d'appello ne darà di peggiori. Nè più efficaci sono le argomentazioni del Pollio che ci chiama a riflettere « quale cammino si sia già fatto nell'accertamento del vero e nell'accertamento della prova allorchè il processo perviene all'esame del magistrato di appello » [56]); se il cammino è giusto, poichè siamo arrivati alla meta, a che scopo rifarlo? e se è falso, come può dirsi che il giudice di appello « ha dinanzi a sè svolto ed

[55]) Vacca, *Se sia da mantenere il rimedio giuridico dell'appello e con quali norme*, Relazione al IV Congresso giuridico, Napoli 1897, pag. 210-214.

[56]) Pollio, *Relazione al IV Congresso giuridico*, Appendice al tema III, Napoli 1897, pag. 467.

analizzato tutto ciò che può essere utile al suo retto giudizio? » [57]).

L'argomento della oralità resta dunque fermo, immobile, non ostante i deboli attacchi degli avversari; nè vale a conturbarlo il ricordo della *facoltà* concessa al giudice di appello di ordinare la ripetizione del dibattimento. Nè meglio soccorre la speranza che in una riforma dell'istituto si possa « mettere il giudice di appello in condizioni presso che pari a quelle in cui si trova il giudice di prima istanza » [58]). Ammesso pure che la ripetizione del dibattimento si innalzasse a *regola* obbligatoria nei giudizio di appello, quali sarebbero gli effetti di una tale ripetizione, se non, come si è detto, quello di pregiudicare i risultati del primo giudizio? E invero più di una volta avviene che sotto il pretesto di trovare l'errore e correggerlo si incorra negli stessi o in nuovi errori, facendo così venir meno lo scopo per cui il processo è messo in moto e non vuol terminarsi, cioè la scoperta della verità. Chi può infatti garantirci — in linea di principio — che un nuovo esame ed una nuova decisione resa da un nuovo giudice sia migliore di un'altra decisione resa dal giudice che lo ha preceduto nell'esame dello stesso fatto? *Neque enim* — diceva già Ulpiano — *utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est* [59]). Si aggiunga che l'indugio e le lungaggini del procedimento, sono spesso, essi medesimi, una delle cause principali degli insuccessi giudiziari. Si aggiunga che le prove possono col tempo disperdersi e scolorirsi e può quindi mancare al nuovo giudizio destinato a correggere l'errore del precedente la base stessa di fatto che sorreg-

[57]) Pollio, *Op. cit.*, pag. 467.

[58]) Carfora, *Relazione sul tema III° al 4° Congresso giuridico nazionale*, Napoli 1897, pag. 343.

[59]) l. 1 pr. Dig., *De appellat*, XLIX, 1.

geva questo e diminuire la probabilità di raggiungere quel vero che, del secondo giudizio, costituiva la ragion d'essere e lo scopo per cui il processo faticosamente si manteneva in vita. Anzi possiamo dire di più; possiamo dire senza esitazione che quanto maggiore è il tempo che allontana l'epoca della decisione da quella del reato commesso, tanto minore è la probabilità che essa colpisca nel segno e giunga alla verità. Il sospetto dell'errore che abbiamo artificialmente sollevato contro la prima decisione, turberà invece naturalmente la serenità della nuova pronunzia; si insinuerà anzi più insistente, più tormentoso nell'animo delle parti e del giudice. E allora in questa incertezza e perplessità dolorosa perchè dovremo noi dare più valore alla nuova pronunzia in confronto della precedente? Forse perchè quella emana da un giudice superiore che si presume più illuminato? No: perchè il giudice della precedente pronunzia era per legge competente a decidere; nè si richiedeva di più. Chè anzi, il nuovo giudice, sia pur superiore, è un giudice posteriore; e abbiamo detto quanto di male vi sia in questa sua condizione. Chi mai vorrà tenerci sicuri che il nuovo giudice non abbia riformato in male o in peggio la precedente pronunzia? Chi ci dice che questa sia la decisione equa e conforme alla legge? E, d'altronde, anche ammettendo che il sospetto dell'errore che ha inficiato la precedente decisione sia riconosciuto infondato dal giudice posteriore (ciò che non è facile per l'opinione che ognuno ha di far più e meglio degli altri), non avremo noi ripetuto il giudizio col solo effetto eventuale di compromettere la verità e sicurezza del risultato che avevamo raggiunto?

147. — Al secondo argomento che accusa l'appello di non essere più rispondente ai principii moderni del processo penale, specie di fronte all'istituzione dell'intimo convincimento ed all'abolizione delle prove legali, i soste-

nitori del doppio grado di giurisdizione o non rispondono punto, come il Pollio, o non rispondono a proposito. Così il Vacca, non trova di meglio che ricercare nella nostra legislazione le vestigie delle prove legali « evidenti nel valore che le nostre leggi attribuiscono ai verbali degli ufficiali di *polizia giudiziaria* i quali *fanno fede dei fatti materiali relativi ai reati fino a prova contraria* ed alle deposizioni di alcuni testimoni che debbono essere considerate come *semplici indicazioni o schiarimenti* », per trarne la conclusione troppo magra e troppo poco probante che « in questi casi (*soltanto!*) l'appello si presta alla critica della sentenza » [60]). Il Carfora obbietta che « l'istituto dell'appello .... non si radica a questa o a quella forma di processo, ma trova suo fondamento nella natura dell' umano giudizio, per sè stesso fallibile e, come tale, non è di questo o di quel tempo, ma di tutti i tempi perchè l'errore nel quale esso trova la sua ragione di essere ha accompagnato, accompagna ed accompagnerà l' uomo finchè il mondo lontana, sia che si giunga alla pronuncia per la via dell' inquisizione, sia che vi si giunga per la via accusatoria o mista, essendo che le forme dei penali giudizi possono più o meno dar adito al controllo della pubblica coscienza e distribuire più o meno equamente i diritti che possono esercitare l' accusa e la difesa a tutela dei loro interessi, ma non possono distruggere quello che è retaggio inseparabile dell' uomo, pel quale è fatale destino la possibilità dell' errore » [61]). In verità il Carfora non sembra aver colto il rapporto logico che esiste fra l' istituzione della prova legale e l' istituzione dell' appello come critica del giudizio di primo grado: non sembra aver compreso che abolito il sistema della certezza legale, la certezza deri-

[60]) Vacca, *Op. cit.*, pag. 214-215.
[61]) Carfora, *Op. cit.*, pag. 347.

vando non più dalla legge, ma dalla cosciente valutazione giudiziale degli elementi di prova, e questi non essendo gli stessi per il giudice di prima e per quello di seconda istanza, viene a mancare a questi il criterio alla stregua del quale giudicare l'opera di quello. Ma a parte ciò, e anche volendo scendere nel campo in cui al Carfora piace di portar la questione, non per questo si rivela più esatta l'argomentazione di quest'autore. Si dice che l'appello ha per suo fondamento la fallibilità del giudizio umano; e come tale è indipendente non solo da questo o quel sistema di valutazione probatoria, ma ben anche da questo o quel sistema di procedura. E sia. Ma l'appello permettendo *per regola* il riesame del fatto che ha formato obbietto del giudicato al fine di correggere l'*errore* del giudicato medesimo, parte dal presupposto che la decisione del primo giudice sia *per regola erronea;* parte cioè da una vera e propria *presunzione di errore* del giudicato. Ora se questo presupposto è vero, l'appello deve legittimamente ammettersi: ma deve legittimamente escludersi, se questo presupposto è falso. Per sostenere l'ammissibilità dell'appello bisogna dunque dimostrare, con le statistiche alla mano, che il giudizio di prima istanza conduce *per regola* allo smarrimento della verità; e questa dimostrazione non è possibile. Se anche fosse possibile, non per questo la questione sarebbe risolta in senso favorevole all'appello. Poichè in ogni cosa sempre è meglio prevenire che reprimere, bisognerebbe ancor dimostrare che il giudizio di prima istanza non è suscettibile di riforme tali da poter condurre direttamente, senza bisogno di un nuovo esame della questione di fatto, allo scoprimento della verità; bisognerebbe cioè dimostrare che la determinazione della giusta sentenza da altro non può risultare se non dalla ripartizione di essa fra due gradi di attività giudiziale; e questa dimostrazione non fu anche fatta, e non crediamo che possa farsi.

Nè varrebbe dimostrare unilateralmente che il giudizio dei giudici di appello, meglio di quello dei giudici di prima istanza, conferisce alla scoperta del vero; perchè allora non si saprebbe capire il perchè in tal caso debba esser mantenuto quello dei due giudizi che si rappresenta inutile allo scopo. Che se poi si dimostri che il giudizio di prima istanza conduce o può condurre con opportune riforme alla scoperta della verità *nella maggior parte dei casi;* allora, poichè l'*errore* rappresenta una *eccezione* rispetto alla *verità* che è la *regola*, si dovrà concludere che l'appello, come quello che è un rimedio *ordinario* contro il giudicato, deve essere bandito per far posto alla *revisione* che è invece un rimedio *straordinario* contro gli errori giudiziari. Il *rimedio giuridico* contro il giudicato deve stare al *giudicato* come l'*errore* sta alla *verità:* se la *verità* è la *regola* e l'*errore* l'*eccezione*, il rimedio da ammettersi deve essere un rimedio *straordinario* e deve essere invece un rimedio *ordinario* se la *verità* del giudicato è l'*eccezione* ed è l'*errore* la *regola;* alterare i termini di questa proporzione è commettere un errore logico e pratico.

Nè si dica che non è l'errore *certo* ma l'errore soltanto *possibile* che è indicato dalla istituzione dell'appello [62]). Se l'errore non è certo, ma può darsi che vi sia e ugualmente che non vi sia, nella decisione che si denuncia in appello, a che scopo, ammettere il riesame del fatto, se non quello eventuale di compromettere la verità della pronunzia del primo giudice? A che scopo costituire un giudizio che mira a correggere un errore che può in realtà non esistere? Non vi è dunque che il *novum repertum* che possa legittimare un secondo giu-

[62]) Cfr. Pollio. *Op. cit.*, pag. 465.

dizio[63]); e questa è la base del giudizio di revisione non del giudizio di appello, che si aggira sui fatti stessi che hanno formato obbietto del primo giudizio. Il sospetto dell'errore, privo di una base nuova di fatto, non ha ragione di essere e non può legittimare un giudizio inteso ad accertarlo e a correggerlo. La cosa giudicata nel primo giudizio rappresenta la verità giudizialmente accertata, la certezza giudiziale che riverberandosi nella società diventa la certezza pubblica e sociale; ed è, secondo tutta probabilità, la verità assoluta e obiettiva. Come si può dubitare della certezza? Perchè si deve dubitare della certezza? Può dirsi che è della natura di ogni *probabilità* il cedere dinanzi alla verità contraria, purchè venga dimostrata. Ma questa, quando pure venga dimostrata in un secondo giudizio, non può dare che un'altra *probabilità*. Il secondo giudizio dovrebbe dunque cedere ad un terzo e questo a un quarto e così di seguito sino all'infinito. Ed è questa la condanna maggiore dell'istituzione dell'appello: cioè che, dato il principio su cui esso si fonda, deve logicamente arrivarsi alla conseguenza della indefinita instabilità della cosa giudicata e dell'indefinita sospensione dell'esecuzione del giudicato.

143. — Quanto al terzo argomento, esso neppure viene, nè poteva venire impugnato, da alcuno. Il Vacca solo cerca di attenuarne il colpo osservando che l'istruzione formale ha larghi sviluppi, la citazione direttissima è raramente tradotta in atto e perciò inadeguata al confronto dei materiali dei due giudizi, e quanto alla citazione diretta, essendo ordinariamente preceduta dalla *informativa* « non si conforma così strettamente all'oralità da potersi affermare che sfuggendo alla critica del giudice di appello i

---

[63]) Cfr. Brusa, *Correzione straordinaria di condanne penali* nella pubblicazione in onore di Pessina, Napoli 1899, pag. 503 e s.

materiali del dibattimento, esso non abbia elementi per formare la sua convinzione » [64]). Ma in verità questo modo di ragionare non prova affatto. Perchè se, nei casi di rito formale, per il difetto dell'oralità, il giudice di appello ha minori elementi di convinzione del giudice di prima istanza, chi potrà negare che questa sua condizione si renda ancor peggiore nei casi, siano pur rari, di citazione diretta o direttissima in cui l'istruttoria o diventa parziale e ridotta o viene assolutamente a mancare? Per quanto si dica l'*informativa* assunta dal procuratore del re o dagli ufficiali di polizia giudiziaria, nell'ipotesi di citazione diretta, non può equivalere a una vera e propria istruzione.

149. — Il quarto argomento, che si concreta nell'accusa che si fa all'appello di creare conflitto fra le sentenze dei giudici e di fomentare il dubbio nella coscienza dei cittadini, scemando in essi la fede della giustizia, è anche esso debolmente respinto dai fautori della seconda istanza.

« Questo modo di argomentare — nota il Vacca — dovrebbe condurre all'abolizione di parecchi istituti del procedimento civile e penale. Il giudice di appello, nei giudizi civili, il quale riforma la sentenza del giudice di prima istanza mette in evidenza la fallacia del giudicato e crea fra le due sentenze un conflitto il quale non può essere sciolto da una terza istanza. Pure gli avversari dell'appello penale traggono dalle differenze dei due giudizi la conclusione che l'appello penale è irrazionale mentre è razionale il civile. E che cosa fa la Corte di Cassazione quando cassa la sentenza del Pretore, del Tribunale o della Corte d'Appello? Proclama l'errore di questi magistrati nell'interpretare ed applicare le leggi. E perchè la fiducia dei cittadini nei giudici si dovrebbe scuotere dinanzi alla sentenza che svela l'errore di fatto e non già innanzi alla

[64]) Vacca, *Op cit.*, pag. 215.

sentenza la quale, svelando l'errore di diritto, mostra i giudici sforniti di dottrina nell'interpretare ed applicare le leggi? E se per avventura la Corte Suprema a sezioni unite, risolve la questione di diritto in modo differente dall'unica sezione, non è posta in maggiore luce la fallacia della giustizia e non diminuisce la fiducia dei cittadini nella stessa Corte regolatrice? E che cosa avviene quando nel medesimo fatto principale sono pronunciati due verdetti dei giurati l'uno affermativo e l'altro negativo? Si crea un conflitto fra due verdetti il quale non può essere composto da un terzo giurì...... Ma fra due sentenze l'una di prima e l'altra di seconda istanza non vi può essere conflitto il quale è proprio delle sentenze di giudici di grado uguale. Il giudizio di appello imprime alla questione di fatto l'autorità del giudicato che penetra nelle moltitudini ne invade le coscienze e le fa sicure della verità giudiziale »[65]).

A dire il vero, un tal sistema di ragionamento per esemplificazione, non convince abbastanza. È sempre il medesimo giro logico di parole. Che in tutti questi casi, cui il Vacca accenna, si riscontri o meno l'inconveniente in parola, non toglie di mezzo che questo certamente si verifichi e debba esser notato e deplorato nel caso di una sentenza di un giudice penale di appello che riforma la sentenza del giudice di prima istanza.

Ma in verità non è poi sempre la stessa cosa. Non vale citare il caso analogo dei giudizi civili. Già non è escluso che l'inconveniente in questione sia lamentato anche nella materia civile: lo prova il fatto che dell'appello civile così come del penale si è ugualmente chiesto da molti l'abolizione; e se da alcuno degli avversarî dell'appello penale fu sostenuto l'ammissibilità di quello ci-

[65]) Vacca, *Op. cit.*, pag. 218.

vile ciò non fu certo perchè questo giovasse al credito della giustizia civile. Ma comunque sia di ciò è chiaro, come accennavo dianzi, che il caso è tutt'altro che analogo. Nei giudizi penali l'autorità della cosa giudicata si fonda *giuridicamente* su ciò che questa rappresenta la verità obiettiva giudizialmente accertata; e *politicamente* su ciò che essa rappresenta altresì la certezza di questa verità nella coscienza dei cittadini. Ora, dato pure e non concesso, che la decisione del giudice di appello la quale riforma quella del giudice di prima istanza abbia giovato alla verità, e perciò la sua autorità debba ritenersi rettamente fondata dal punto di vista *giuridico*; questo è tuttavia certo: che tale non può essere dal punto di vista *politico*. E si capisce. La verità assoluta ed obiettiva non può essere che *una* come una, ed una soltanto, è la realtà di cui essa è l'equivalente. Come dunque non può ammettersi la coesistenza di due verità diverse e contrarie, così non può ammettersi la coesistenza di due giudicati penali diversi e contrarii. Dal cozzo di giudicati contradittori in materia penale è dunque fatale che nasca il *dubbio* ed annidi tormentoso nell'animo dei cittadini, scalzando così dalla sua base *politica*, che è la certezza sociale della verità, l'autorità della cosa giudicata in appello. Diversa è la bisogna nei giudizi civili, poichè in essi l'autorità della cosa giudicata non si fonda sulla verità *reale* ed *assoluta*, bensì sulla verità *formale* e *relativa*, che a differenza di quella può essere varia e molteplice [66]). La coesistenza di più giudicati contradittori in materia civile, non ripugna alla logica, come non ripugna alla logica la coesistenza

---

[66]) Uno geniale scrittore, il MÖSER, *Patriotische Phantasieen*, vol. IV, n. 30 (citato da SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1880, § 280) chiamò infatti questa verità il diritto *formale* in contrapposto al diritto *effettivo*.

di più verità fittizie e relative. Perchè si scuoterebbe la coscienza sociale? Quando anche, d'altronde, i cittadini dubitassero della verità della cosa giudicata civile, il dubbio sarebbe assai meno fatale e pernicioso che non in materia penale, ben altrimenti vitali, importanti e direttamente interessanti la società, essendo gli interessi di cui si tratta nel processo penale.

Ma se l'esempio dei giudizi civili non serve allo scopo, non servono meglio gli altri esempi addotti dal Vacca in sostegno della sua opinione. Quando per es. la Corte di Cassazione cassa la sentenza dei magistrati inferiori, il conflitto non è che apparente, e dinanzi ad esso non si scuote la fiducia dei cittadini. Non è un assurdo logico e non stride contro la coscienza pubblica la coesistenza di più verità giuridiche, perchè le verità giuridiche, come tutte le verità morali, non sono nè uniche nè assolute. Il conflitto di due sentenze l'una delle quali proclama l'errore di diritto incorso dall'altra, a differenza di quello di due sentenze che si smentiscono l'un l'altra circa la verità di un medesimo fatto, non mette a nudo una piaga dolorosa della giustizia; ma si rappresenta nella opinione dei cittadini come una conseguenza, forse deplorevole, ma necessaria, e niente affatto allarmante, dell'incertezza e controvertibilità delle norme giuridiche. E non si dica che non vi può esser conflitto fra due sentenze di giudici di grado diverso. La risposta a quest'obiezione (che ci porta direttamente al quinto argomento che gli abolizionisti adducono), è troppo facile. Nella indagine e nell'apprezzamento della verità di un fatto non vi può essere e non si comprende una diversità di attitudine e di capacità fra giudice e giudice; ma tutti i giudici, purchè forniti dei generali requisiti che la persona del giudice deve avere, sono ugualmente abili ed ugualmente capaci.

Non può dirsi d'altronde che il giudice di seconda

istanza è più ricco di esperienza del giudice di prima. Da qual criterio partire in tale confronto? Se, p. e., l'esperienza del giudice nella indagine della verità del fatto è in ragion diretta del tempo durato nell'esercizio della funzione giudiziaria, può ben darsi, e si dà anzi spesso, che il giudice di primo grado abbia maggior esperienza del giudice di appello. E d'altronde, anche dimostrato come un fatto normale questa superiorità tutta pratica e sperimentale dei giudici di seconda istanza, rimarrebbe sempre a domandarsi perchè tali giudici non debbano addirittura giudicare in prima istanza con risparmio di tempo, di lavoro e di spesa. Ora poichè non è supponibile che il legislatore, appunto per rendere necessario un secondo giudizio dinanzi a nuovi e più sperimentati giudici, abbia istituito un tribunale di prima istanza composto di giudici ad essi inferiori in senno e capacità; deve legittimamente ammettersi che nessuna differenza interceda, come in realtà non intercede, fra giudici di primo grado e giudici di appello quanto alla loro attitudine nella ricerca della verità materiale. Se dunque (ed è questo un fatto ad avvertire il quale basta il semplice buon senso) nessuna diversità di attitudine relativamente a questa ricerca può riscontrarsi fra il giudice di prima e quello di seconda istanza, la diversa soluzione data da due giudici di una medesima controversia di fatto, non può non creare un conflitto fra le due decisioni e non scemare nell'opinione dei cittadini la fiducia nella giustizia. La coesistenza di due verità materiali e un mostro logico e giuridico perchè non può uno stesso fatto *simul esse et non esse* [67]).

---

[67]) Questo comprese il WIEST, *Die Nothwendigkeit und die Bedingungen der Mundlichkeit in Strafverfahren*, Schaffhausen 1844, § 28, pag. 105 quando affermò che senza la forza dell'abitudine noi considereremmo l'appello come una cosa contro natura.

Una sola differenza di capacità può esistere fra giudice e giudice, e questa è relativa alla loro cultura giuridica, alla loro coltura nell'interpretazione ed applicazione della legge penale: ma questa differenza, che rispecchia la diversa profondità e maturità di criterio logico e giuridico, se legittima un riesame *in diritto* della medesima controversia, non serve a legittimare quel riesame *in fatto* che è la base principale della istituzione dell'appello. Ora alla correzione degli errori di diritto provvede sufficientemente l'istituto della Cassazione.

E giacchè siamo a questo punto giovi ancora notare che l'accusa che si fa all'appello di duplicare i rimedi nelle questioni di diritto non si riferisce già, come crede il Vacca, « alle sue imperfezioni » [68]) di tal che sia possibile eliminarla in una riforma legislativa. La facoltà del riesame in diritto della questione da parte del giudice di appello è una conseguenza imprescindibile della facoltà che egli ha di riesaminare la questione di fatto. Se infatti la base di fatto è male accertata, si rivela ingiusta e deve necessariamente crollare anche l'applicazione della legge penale; ora non è possibile, o, per lo meno, può riuscire dannoso, che si conceda al giudice di appello esclusivamente la facoltà di riesaminare e decidere sul fatto e al giudice di Cassazione esclusivamente quella di riesaminare e decidere sul diritto; specie nei casi in cui diversamente risoluta dal giudice di prima e da quello di seconda istanza la questione di fatto, si rimandi poi la causa dinanzi al giudice di Cassazione perchè risolva la questione giuridica.

150. — Lasciamo da parte l'argomento che taccia l'appello di sdoppiare la coscienza del giudice vietandogli di riformare sul gravame del condannato, in suo danno,

[68]) Cfr. VACCA, *Op. cit.*, pag. 215.

la sentenza di primo grado. A questo, come quello che è anch'esso una necessaria conseguenza del sistema dell'appello, i fautori di questo non rispondono neppure. Vediamo invece come da essi si faccia fronte al rimprovero, che si fa all'appello, di porre il legislatore nella doppia contradizione di ammetterlo pei reati meno gravi, negandolo pei reati più gravi; e di far sì che i suffragi della minoranza prevalgano su quelli della maggioranza.

Alla prima taccia di incongruenza i sostenitori del riesame rispondono adducendo che l'appello, contro le sentenze della Corte di Assise, *non è possibile* sia perchè « è impossibile sottoporre alla critica di un secondo giudice il verdetto dei giurati il quale, essendo lo specchio della coscienza intuitiva, sfugge alla motivazione » [69]) sia perchè « lo scopo propostosi dal legislatore verrebbe meno, quando con un giudizio di appello il magistrato togato potesse distruggere il pronunziato di fatto del giudice popolare e sostituire alla voce del popolo, cui si volle dar luogo nei più gravi giudizi, la propria voce il cui intervento si volle in quei casi evitare » [70]). E non solo non è possibile l'appello contro le sentenze della Corte di Assise, ma *non è neppure necessario*, tante e maggiori sono le guarentigie (e i sostenitori dell'appello le enumerano) che sia quanto al giudice, ed alla sua costituzione, sia quanto alle forme del giudizio, sia quanto al modo delle pronuncie hanno i giudizi della Corte di Assise in confronto di quelli dei Pretori e dei Tribunali.

A me veramente questo modo di argomentare più che atto a rimuovere la contradizione in parola, pare atto e a favorire l'istituzione e l'allargamento del giudice popolare

---

[69]) Vacca, *Op. cit.*, pag. 217.

[70]) Carfora, *Op. cit.*, pag. 344-345. L'osservazione è tolta dall'Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. III, n. 4371.

e diretto a combattere il giudice togato e permanente. Si dice, infatti, che l'appello non è possibile contro le sentenze della Corte di Assise; e fin qui d'accordo; ma si dice ancora che non è necessario. Perchè non è necessario? Perchè vi sono, nei giudizi delle Corte di Assise, garanzie sufficienti che possono tener luogo ad usura dell'istituzione dell'appello; come l'intervento stesso del giudice popolare, la partecipazione delle parti alla composizione del giurì, la miglior protezione dei diritti dell'accusa e della difesa, la maggior osservanza del principio dell'oralità, e infine la rettificazione del verdetto e la facoltà della Corte di rinviare la causa ad altra sessione [71]). Ma allora — poichè si riconosce senza ombra di dubbio che tutte queste forme e queste norme che hanno vigore nei giudizi della Corte di Assise, costituiscono tale garanzia che affida della niuna necessità dell'appello, — perchè, può domandarsi, non cercare di circondare di queste o analoghe guarentigie anche i giudizi dei Pretori e dei Tribunali? Poichè il prevenire indubbiamente è meglio che il reprimere, non converrà egli sotto tutti i punti di vista rinunziare all'appello preordinando tali mezzi *preventivi* di errore, da render manifestamente inutile la correzione regolare e ordinaria degli errori commessi? Che se così non vorrà farsi, rimarrà sempre ferma e non potrà facilmente spiegarsi nella opinione dei cittadini questa strana incongruenza, per cui il rimedio dell'errore soccorre proprio là dove, per la minore gravità del reato ed importanza del giudizio, meno vi sarebbe bisogno; e non soccorre invece contro i giudizi della Corte d'Assise in cui l'errore di fatto, se incorso, è di per sè tanto grave, da non sembrar opportuno che ad accrescerne la gravità si aggiunga il fatto della sua normale incorreggibilità. Simili bisticci logici (sia pure scientificamente spiegabili), nella

[71]) Cfr. Vacca, *Op. cit.*, pag. 216; Carfora, pag. 345.

mente dei cittadini sono tutt'altro che confacenti al fine politico della giustizia penale: perchè siano tolti di mezzo è necessario che o l'appello soccorra contro ogni sentenza, di qualsiasi giudice e per qualsiasi reato o che sia negato per qualunque sentenza, di qualunque giudice e per qualunque reato.

151. — Resta l'altra obiezione, che all'appello si fa, di rendere possibile la prevalenza dei voti della minoranza su quelli della maggioranza dei giudici; e resta non ostante la contraria, incerta e non abbastanza tranquillante considerazione che « quando i tre voti dei giudici del tribunale si raccolgono intorno alla condanna, le prove della reità sono così chiare che le probabilità di due consiglieri della Corte di Appello i quali votino per l'assolutoria, debbono scemare grandemente » [72]). Nè meglio vale far ricorso all'osservazione che in tal caso « la scoperta della verità ottiene in compenso del numero la qualità del giudice ch'è importantissimo coefficiente dei giudizi » [73]) perchè, come a suo tempo osservammo, non esiste differenza qualitativa fra i giudici circa l'indagine della verità del fatto, ne vi è quindi compenso possibile alla numerica inferiorità complessiva dei voti con cui viene ad assolversi.

Inutile poi l'insistere sul concetto, innegabile ed innegato, che indica l'appello come contrario alla *prontezza*, alla *certezza* ed alla *proporzione* della pena; basti solo notare è che questo un inconveniente così intimamente radicato all'organismo dell'appello da non potersi sperare che possa esser tolto di mezzo in una qualsiasi riforma legislativa.

L'appello infatti consiste nella rinnovazione del giudizio; ma alla rinnovazione del giudizio è inerente la sospensione dell'esecuzione del giudicato dei primi giudici, non sapendosi

[72]) Vacca, *Op. cit.*, pag. 217.

[73]) Vacca, *Op. cit.*, l. c.; Cfr. pure Pollio, *Op. cit.*, pag. 460-467.

ancora, fino al nuovo giudicato, se quello sarà confermato o riformato); è dunque inerente all'appello il carattere di nuocere alla *prontezza* della pena ed alla *celerità* della procedura: onde la possibilità, maggiore per i minori reati, che la condanna giunga quando è diminuito o forse è cessato l'allarme sociale prodotto dal reato e l'interesse sociale a procedere. È altresì inerente all'appello il vizio di osteggiare il principio della *proporzione* penale giacchè la pena inflitta dalla condanna, messa assieme con le lunghe e continue vessazioni processuali cui l'imputato è sottoposto, viene a rivelarsi eccessivamente grave e per ciò iniqua di fronte al condannato. Infine è insito all'appello l'effetto di togliere *certezza* alla pena: e gli è insito pel fatto stesso che provoca la rinnovazione del giudizio. Si sa infatti quanto siano diversi e incostanti i risultati di un giudizio: il secondo giudice può avere una opinione là dove il primo ne aveva una opposta: il secondo giudice può essere incapace e negligente là dove il primo era capace e diligentissimo: il secondo giudice può esser facile alle pressioni e alle corruzioni, là dove il primo era integro e incorruttibile: donde il proverbio che concepisce il giudizio quasi come il prodotto aleatorio di un caso cieco: *alea judiciorum* [74]).

Può dunque darsi e si dà anzi spesso che il colpevole condannato il quale ha subdolamente ricorso in appello, trovi nel secondo giudizio una immeritata assoluzione o mitigazione di pena, provocata o dalla mala fede del condannato stesso, fatto accorto del primo giudizio, o da diversa opinione, capacità, diligenza, onestà del giudice posteriore o, e specialmente, dalla stessa cognizione giudiziale del processo resa imperfetta dal deperire dei mezzi di prova.

[74]) Cfr. FABRO, *Rationalia ad Pandectas*, l. 60 *Pig, De condictione indebiti*, XII, 6.

Chè, anzi, il deperire dei mezzi di prova, gettando, nell'animo dei giudici, il dubbio sulla colpevolezza dell'imputato, si risolve normalmente in favore del reo; mentre, per contro, non può non rendere deteriore la condizione dell'innocente giustamente prosciolto.

Infine, anche volendo concedere che il primo giudizio abbia condotto all'ingiusta assoluzione di un colpevole: questo è ugualmente certo; che cioè, dato il sistema della nostra legge (articoli 354 e 413 c. p. p.) per il quale, non ostante l'appello, l'imputato è messo in libertà, il secondo giudizio, porti pure ad una condanna, rimarrà inefficace, potendo il delinquente nel frattempo o riparare all'estero o in qualsiasi altro modo sottrarsi alle mani della giustizia.

Peggio sarebbe, d'altronde, stabilire che, nonostante una prima sentenza di proscioglimento, quando contro di essa si ricorre in appello, l'imputato non possa mettersi in libertà: perchè, in tal modo, se si impedisce che il colpevole ingiustamente assolto dai primi giudici sfugga all'azione della giustizia; si corre il rischio che l'innocente a buon diritto prosciolto venga sottoposto a una serie di angarie processuali, tanto più pregiudizievoli alla libertà individuale per quanto sono rivelate ingiuste dall'assoluzione medesima.

Quanto all'argomento che accusa l'appello di procedere sciolto dalle forme che assicurano la rettitudine dei giudizi, e di lasciar il giudice abbandonato a se stesso, non può, come fa il Vacca, negarglisi assolutamente valore [75]). Se infatti è vero che la legge prescrive alcune (sebbene più ridotte) formalità che debbono osservarsi ne' giudizi di appello a pena di nullità (art. 362 e 416) è pur vero che la legge medesima lascia alla discrezione del giudice di appello di ordinare o meno la parziale ripetizione delle

[75]) Vacca, *Op. cit.*, pag. 119.

prove e anche di disporre la completa rinnovazione del dibattimento. E non si dica che questi provvedimenti non sono arbitrari perchè consentiti dalla legge [76]): giacchè l'arbitrio giudiziale sta appunto nel lasciarsi dalla legge in libito del giudice quelle forme di procedura, che, dalla legge imposte, sarebbero istituite a suo freno.

152. — Siamo giunti così alla conclusione che gli abolizionisti pongono alla loro critica dell'appello: che cioè, dati i difetti che gli sono propri, l'appello a nulla giovi e bene provvedano in sua vece alla tutela della verità gli istituti esistenti della Cassazione e della Revisione.

E anche su questa conclusione i fautori dell'appello hanno voluto dire la loro parola. Voi, dice il Carfora, combattete, come inutile, l'istituto dell'appello, e intanto adducete quello della Cassazione che riguarda solo le forme rituali; voi dunque vi mostrate più teneri della forma che della sostanza [77]). Non basta: voi abolizionisti volete che « la sentenza del giudice di prima istanza passi, salvo il rimedio straordinario del ricorso per cassazione immediatamente in cosa giudicata e quando questo è avvenuto *siete* solleciti a far ricorso in sostegno del *vostro* assunto all'istituto della revisione; di guisa che *volete* intangibile una sentenza di cui resterebbe sospesa l'esecuzione, ove si accettasse l'istituto dell'appello, e *vi fate* scudo di un istituto che tocca il giudicato e può giungere quando si sono compiuti gli effetti dannosi di una ingiusta sentenza non ricordando che « *melius est in tempore occurrere quam, post vulneratem causam remedium quaerere*..... » [78]). Nulla di meno esatto di quanto il Carfora dice. Nessuno infatti più di coloro che combattono l'appello si preoccupa

---

76) Vacca, *Op. cit.*, pag. 119.

77) Carfora, *Op. cit.*, pag. 348.

78) Carfora, *Op. cit.*, pag. 348.

della tutela della verità del fatto; niuno più di essi vuole che gli errori giudiziari vadano riparati. Ma vi è differenza fra tutela e tutela, riparazione e riparazione. È proprio il contrario di quanto il Carfora afferma. Siamo noi, avversari e non voi fautori dell'istituto dell'appello, memori del precetto che è meglio soccorrere in tempo, che apprestare rimedi al male avvenuto. A somiglianza dei medici che fidano più nell'igiene che nella terapia, noi domandiamo che si circondi il processo di tutte le guarentigie e di tutte le formalità che si rivelano più adatte alla scoperta della verità giudiziale, ma quando la sentenza definitiva è stata resa, quando si è avuta, nel suo senso più semplice e naturale, una *cosa giudicata*, noi domandiamo che essa non vada più rimessa in discussione. E il perchè si capisce. È o non è la cosa giudicata l'accertamento della verità? Segna essa oppur no, come tale, il raggiungimento del fine, e perciò della fine, del processo penale? Non fissa essa con l'applicazione della legge penale, lo scopo e l'esaurimento dell'azione penale? E perchè allora, con una contradizione logica inammissibile, dobbiamo noi togliere alla cosa giudicata la *forza obbligatoria*, e la *forza esecutiva* che le sono inerenti come *vera* e *giusta applicazione*, e quasi direi, emanazione, della legge penale? Si è mai riflettuto quanto l'appello sia contrario non pure al *concetto*, ma al *fondamento* stesso della autorità ed eseguibilità della cosa giudicata? Noi dunque chiediamo per regola la tutela *preventiva* della verità: quella tutela che soccorre prima che la causa venga giudicata e che mira appunto a far si che la cosa giudicata si identifichi al più possibile con l'assoluta e obiettiva verità; non la tutela *repressiva*, quella tutela che soccorre quando già il *giudicato* è stato reso, e che mirando a correggere l'errore di questo, così come si rimedia ad un male avvenuto, si rivela di per se stesso come un'altro male, per quanto

minore di quello cui vuol rimediare [79]). E tale è appunto l'appello. Certo, occorre rimediare all'errore di fatto; ma non è lecito ricorrere a questo mezzo, per sua natura, estremo, se non quando la tutela *preventiva* dell'errore, attuatasi, si è rivelata inadatta ad effettivamente evitare l'errore. Ma in tal caso non è lecito far ricorso all'appello; e non è lecito per più ragioni. La prima è quella, già svolta a suo tempo, che l'errore del giudicato rappresentandosi come un'eccezione rispetto alla verità che è la regola, non è lecito ammettere contro l'errore altro rimedio se non quello che abbia carattere di un rimedio *straordinario*, cioè eccezionale; e tale è la revisione e non l'appello. La seconda è che la cosa giudicata essendo una probabilità di verità, deve cedere bensì *sempre*, ma *solo* dinanzi alla *dimostrazione* della verità contraria e la dimostrazione della verità contraria non può essere data se non dal *novum repertum* che è la base dell'istituto della revisione, e non dell'appello. Chè, anzi, l'appello parte da una infondata presunzione di errore e, a giudizio finito, non potrà dare che un'altra *probabilità*, forse *meno*, ma non certo *più* stringente della probabilità offertaci dal primo giudizio; là dove il giudizio di revisione, fondandosi sulla scoperta di nuove prove, deve certamente fornirci un maggior grado di morale certezza. Infine la revisione ha un altro titolo di preferenza in confronto dell'appello. E invero l'appello è un rimedio che la legge si limita a consentire, sotto date condizioni, alla parte che si ritiene danneggiata dal pronunziato del giudice; invece la revisione è un rimedio che si applica di ufficio e senza bisogno di doglianze e di intervento di parte. Inoltre l'appello suppone un *termine perentorio* entro il quale le parti inte-

[79]) Cfr. Brusa, *Correzione straordinaria di condanne penali*, pag. 503.

ressate hanno facoltà di invocarlo; la revisione invece, per sua natura, non soffre che sia assegnato alcun *termine* alla presentazione della domanda, e può essere invocata perciò senza limiti di tempo. Ed è questo anzi un grande titolo di preferenza che ha la revisione in confronto dell'appello. E invero, in materia penale, (della materia civile, non dico e non potrei dire lo stesso) il lasciare in facoltà delle parti il ricorrere o meno contro un giudicato erroneo, il fissare un termine perentorio entro cui questo diritto di ricorrere decade, è far cosa contraria ad ogni principio di logica e di giustizia. L'errore di fatto, sia esso a danno dell'accusa, come a danno dell'accusato, porti esso all'assoluzione di un colpevole o alla condanna di un'innocente, interessa sempre ed assolutamente *tutta* la società: esso, dunque, non può essere oggetto di rinunzia o di abbandono nè da parte di chi personifica l'accusa nè da parte dell'accusato; ma se non è rilevato dalle parti, acquiescenti o tolleranti o noncuranti, deve esserlo di uffizio e dal giudice. Tanto meno esso può andar soggetto a decadenze od a prescrizioni, perchè non può tollerarsi che una sentenza, basata su di un errore di fatto, continui ad aver valore per ciò solo che, contro di essa, non fu ricorso in un tempo determinato. Porre un termine entro il quale il ricorso deve esser fatto valere, significa assegnare aprioristicamente ed arbitrariamente un limite di tempo entro il quale è lecito scoprire l'errore e, trascorso il quale, è vietato scoprirlo e deve, in conseguenza, essere mantenuta ed eseguita una affermazione ignominiosa e bugiarda di verità. E ciò è assurdo e ripugnante. Ed è evidentemente sulla revisione che fidano i fautori dell'appello allorchè, per non essersi forse potuto o voluto usare della facoltà di ricorrere, l'appello non ha avuto luogo. E perchè allora non mettersi addirittura nella via che è pure la più logica e naturale?

E non si venga a ripetere che l'interesse delle parti

affida che esse si servano nel tempo debito del rimedio che la legge consente, perchè la pratica bene spesso dimostra che non si può fare esclusivamente a fidanza con questo interesse; e neppure si dica che la pubblica coscienza si acquieta quando la parte danneggiata non muove doglianza dell'errore [80]), perchè ciò, se soddisfa il principio politico, non soddisfa punto il principio giuridico. E quanto all'inconveniente dei termini, esso è un vizio indistruttibile del sistema dell'appello il quale, per essere concesso per regola, in tutti i casi, e senza bisogno di nuove prove, non può altresì concedersi in qualunque tempo, a meno di non voler distruggere l'autorità della cosa giudicata perpetuando il processo e sospendendo indefinitamente l'esecuzione del giudicato.

Resterebbe quell'incongruenza, che il Carfora rimprovera agli avversari dell'appello penale, di favorire, pur negando l'appello, l'istituto della Cassazione, mostrandosi così, a suo dire, più teneri della forma che della sostanza. Ma questa pretesa contradizione è facilmente tolta di mezzo quando si pensa al concetto, altrove accennato, che se una differenza esiste e può ammettersi fra giudice e giudice, circa la loro capacità a risolvere questioni di diritto, non v'è differenza possibile a farsi circa l'attitudine dei giudici, di fronte all'esame e all'indagine della verità di un fatto.

153. — Concludendo, adunque, possiamo dire, dal nostro punto di vista, che il sistema del doppio grado di giurisdizione si rivela assolutamente contrario così al fondamento *giuridico* dell'autorità della cosa giudicata, che è la verità in essa contenuta, come al fondamento *politico* dell'autorità medesima, che è la certezza di questa verità nella coscienza dei consociati. E qui potrei finire. Ma mi corre prima l'obbligo di rispondere brevemente ad una

[80]) Carfora, *Op. cit.*, pag. 324-325.

obiezione recentemente messa fuori dal Pollio. Si dice che il riesame della stessa questione di fatto è un omaggio alla fallibilità dei giudizi umani che si trova reso non solo nel campo giudiziario e processuale, ma altresì negli ordinamenti politici con la prevalenza del sistema bicamerale, e, ad ogni passo, negli ordinamenti amministrativi [81]). Io non voglio togliere nulla alla verità di questa affermazione; ma mi pare di trovare in essa più che un argomento in favore, un argomento di oppugnabilità dell'appello e così in materia penale che in materia civile.

Nessuno infatti ha mai pensato a questo concetto, che pur merita di esser posto in rilievo; e cioè che il sistema dell'appello contro le sentenze è perfettamente *contrario* e *antitetico* al *concetto del giudice* ed al carattere della *funzione giudicante*, penale o civile che sia.

Una delle caratteristiche del *potere giudiziario*, per cui questo si differenzia dal *potere amministrativo* e da ogni altro potere, è, appunto, come a suo tempo abbiamo rilevato, l'*incensurabilità* e perciò l'*irrevocabilità* delle sue decisioni. Ora il sistema dell'appello viene a deformare la *funzione* dei magistrati di prima istanza, trasformandola da *giudicante* in *consultiva;* il che manifestamente ripugna alla sua natura. Il *giudice*, deve rimanere *giudice (ius-dicens);* e perchè ciò sia è anche necessario che il suo giudicato, a differenza dell'atto del potere amministrativo, sia *sempre* un atto di autorità, che imponga obbligatoriamente il rispetto a ciò che in esso si contiene e proclama: non è lecito introdurre distinzione fra giudice e giudice, fra magistrato di prima e magistrato di seconda istanza, per far sì che questo rimanga e quello cessi di esser giudice, e diventi un semplice *consulente*!

---

[81]) Pollio, *Op. cit.*, pag. 462 e s.